

Universidade Federal de Ouro Preto

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Programa de Pós-Graduação em Direito
Novos Direitos, Novos Sujeitos

Dissertação**A teoria das capacidades civis a partir
do Estatuto da Pessoa com Deficiência:**
entre o critério do discernimento, da
vontade e da competência*Washington Luiz Ferreira Dias Lopes*Ouro Preto
2023

Washington Luiz Ferreira Dias Lopes

**A TEORIA DAS CAPACIDADES CIVIS A PARTIR DO ESTATUTO DA
PESSOA COM DEFICIÊNCIA: entre o critério do discernimento, da
vontade e da competência**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientadora: Iara Antunes de Souza

Coorientador: Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

Área de concentração: Novos sujeitos, Novos direitos.

Linha de pesquisa: Novos Direitos, Desenvolvimento e Novas Epistemologias.

Ouro Preto – Minas Gerais
2023

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

L864a Lopes, Washington Luiz Ferreira Dias.

A teoria das capacidades civis a partir do estatuto da pessoa com deficiência [manuscrito]: entre o critério do discernimento, da vontade e da competência. / Washington Luiz Ferreira Dias Lopes. - 2023.
174 f.

Orientadora: Profa. Dra. Iara Antunes de Souza.

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes
Bahia.

Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Pessoa com deficiência - Estatuto. 2. Capacidade civil. 3. Discernimento. 4. Competência. I. Souza, Iara Antunes de. II. Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. III. Universidade Federal de Ouro Preto. IV. Título.

CDU 34



FOLHA DE APROVAÇÃO

Washington Luiz Ferreira Dias Lopes

A teoria das capacidades civis a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência: entre o critério do discernimento, da vontade e da competência

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito "Novos Direitos, Novos Sujeitos" da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovada em 16 de março de 2023

Membros da banca

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - Orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto
Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia - Coorientador - Universidade Federal de Ouro Preto
Profa. Dra. Anne Shirley Martins - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Profa. Dra. Luciana Fernandes Berlim - Universidade Federal de Ouro Preto

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza, orientadora do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito no Repositório Institucional da UFOP em 23/03/2023



Documento assinado eletronicamente por **Iara Antunes de Souza, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 22/03/2023, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0495992** e o código CRC **887E3A27**.

Aos que se dedicam à aprender, acolher, construir e compartilhar.

*Aos que encontram-se internados, em hospitais psiquiátricos ou na própria mente, gritando
sem ser ouvidos, sofrendo sem entender de onde vem tanta angústia e que mesmo assim
ainda encontram beleza em viver*

AGRADECIMENTOS

Agradecer vem do latim “*gratus*” e, entre outras coisas, significa ser acolhido.

Agradecer é verbo transitivo direto, que não precisa de complemento para fazer sentido. No entanto, seu significado dogmático transcende no plano prático e vai além, configurando um sentimento inexplicável não apenas de acolhimento, mas de felicidade, de completude e de troca.

Trilhar o caminho do mestrado não foi uma tarefa fácil. Experimentamos os desafios de realizar os estudos em meio a uma pandemia e passando por um momento político delicado no país, com um governo que mais desestimulou a pesquisa científica e fomentou a discriminação a grupos minoritários do que ofereceu apoio e incentivo. Por vezes, esses mesmos grupos são objeto de estudos do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

Com uma verdadeira rede de apoio, foi possível chegar ao fim e apresentar o resultado de uma pesquisa que é fruto de muito debate, reflexão e construção de conhecimento.

Desse modo, agradeço o apoio de Najara, que esteve comigo desde o primeiro momento, me levando, inclusive, para realizar as etapas do processo seletivo e que me auxiliou com sua companhia, palpites, conselhos e paciência, demonstrando que o caminho é difícil, mas se faz sem desistir!

Aos amigos Anne, pelo vínculo único de amor, amizade e aprendizado; João, Marina, Demétrius e Ana Paula que sempre se fizeram presentes com palavras de amor, carinho, estímulo, muita pizza e interesse pelas minhas ideias e críticas ao sistema normativo da pessoa com deficiência.

Aos meus familiares, em especial à minha avó Flora, a tia Ana e a Anderson que, mesmo sem entender o objetivo da minha pesquisa, ofereceram apoio, escuta e cuidado. Cada um à sua maneira.

Aos companheiros de mestrado que foram mais do que medidas de apoio e se tornaram bons amigos:

Eloá, que pegou na minha mão desde o início, quando eu estava ansioso e com falta de ar para fazer a etapa oral do processo seletivo e foi comigo até o fim, compartilhando, ouvindo, trocando experiências e sendo uma parceira de ambiente acadêmico.

À Gabriel agradeço a troca, por vezes cansativa, varando madrugadas, de conhecimento acadêmico e de vida. A lição que fica é que nunca podemos esquecer de nós ao admirar o outro. Que saibamos ouvir nossas inquietudes e nossas virtudes e, principalmente, partilhá-las com quem também nos admira e quer bem.

Ao Helder, Alexandre, Marco Lara e toda turma por todos os momentos, ainda que à distância.

Alexandre Bahia agradeço destacando sua dedicação e luta pelos direitos da comunidade LGBT. Com seus ensinamentos e apoio, entendi a importância da interdisciplinaridade e entendi que se fechar ao mundo diante dos problemas não é a opção mais acertada. Façamos a diferença para que ela seja efetivamente reconhecida e respeitada e para que possamos alcançar uma igualdade na diversidade. Afinal, a diferença é o que temos em comum.

À equipe do Martins e Azevedo Advogados Associados agradeço todo o apoio.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFOP e aos representantes de turma, deixo minha gratidão por ter me aceito e acreditado nas minhas propostas. Mesmo com os problemas comuns a toda instituição, buscamos realizar uma parceria para melhoria contínua.

À professora Lara muito obrigado pela troca, pelos conselhos e pelos puxões de orelha. Como você mesmo costuma dizer: o mestrado é para ser um ambiente de acolhimento e de construção coletiva do conhecimento e cabe a nós, enquanto parceiros, escolhermos seguir ou não juntos. E escolhemos seguir juntos, com carinho, respeito e muito aprendizado.

Por fim, gostaria de agradecer a mim por não ter desistido, mesmo diante de tanto apoio essa vontade se fez muito presente, seja pela descrença no resultado da minha pesquisa, seja na descrença da minha própria capacidade ou competência. Falamos tanto em autonomia que, para mim, chegar a essa etapa final, representa um belo exercício de autodeterminação e responsabilidade por escolhas próprias.

Até breve Ouro Preto!

“Há sempre um resto de razão no mais alienado dos alienados”.
(PINEL, 1847).

RESUMO

Diante do compromisso firmado pelo Brasil enquanto Estado-parte na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas em 2006, o legislador pátrio elaborou um microssistema de proteção e promoção voltado para as pessoas com deficiência, qual seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, 06 de julho de 2015. Com sua entrada em vigor, o Estatuto promoveu mudanças na teoria das capacidades civis brasileira ao alterar os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, no tocante ao critério de aferição da capacidade civil, abandonando o anterior, do discernimento, e adotando o atual, da expressão da vontade. Diante das críticas voltadas à essa mudança, o presente trabalho ocupa-se em pesquisar suas definições em áreas afins, como a Medicina e a Psicologia para, então, verificar sua recepção e aplicabilidade pelo Direito a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, adota-se uma metodologia multidisciplinar, baseada em revisão bibliográfica e legislativa, de vertentes metodológicas jurídico-dogmática e jurídico-sociológica, para compreensão da teoria das capacidades civis brasileira e seus critérios de aferição da capacidade civil, bem como a consequência da limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato. Adota-se o raciocínio hipotético-dedutivo que se utilizou de abordagem sobre o contexto da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a normatização de seus anseios pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência a fim de verificar, como hipótese se a competência, entre o discernimento e a expressão da vontade pode ser um critério adequado aos anseios da Convenção para avaliar a capacidade civil das pessoas com deficiência mental na teoria das capacidades civis brasileira. Assim, ao final da pesquisa, concluiu-se que uma nova epistemologia para o tradicional instituto da capacidade pode ser proposta a partir do critério da competência.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência; Teoria das capacidades civis; Discernimento; Expressão de vontade; Competência.

ABSTRACT

Faced with the commitment signed by Brazil as a State party to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, carried out by the United Nations in 2006, the national legislator created a microsystem of protection and promotion aimed at persons with disabilities, that is, the Statute of Persons with Disabilities, Law No. 13,146, of July 6, 2015. With its entry into force, the Statute promoted changes in the theory of Brazilian civil remedies by amending articles 3 and 4 of the Civil Code of 2002, with regard to service of measuring civil capacity, abandoning the previous approach of discernment and adopting the current approach of expression of will. Faced with the criticisms aimed at this change, the present work is concerned with researching its definitions in related areas, such as Medicine and Psychology, in order to verify its reception and applicability by the Law from the validity of the Statute of the Person with Disabilities. To this end, a multidisciplinary methodology is adopted, based on a bibliographical and legislative review, with legal-dogmatic and legal-sociological methodological aspects, to understand the theory of Brazilian civil resources and its criteria for measuring civil capacity, as well as the consequences of the limitation of autonomy for the actual exercise of capacity. A hypothetical-deductive reasoning was adopted, which was used to approach the context of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the standardization of their aspirations for the Statute of Persons with Disabilities in order to verify, as a hypothesis, whether competence, between Discernment and expression of will can be an appropriate criterion for the Convention's aspirations to assess the civil capacity of people with mental disabilities in the theory of Brazilian civil capacities. Thus, at the end of the research, it was concluded that a new epistemology for the traditional institute of capacity can be proposed based on the criterion of competence.

Keywords: Statute of Persons with Disabilities; Theory of Civilian Capabilities; Discernment; Expression of will; Competence.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Comparativo de mudanças na teoria das capacidades civis brasileira.....	44
Quadro 2: Comparativo de mudanças na teoria das capacidades civis brasileira.....	77
Quadro 3: Elementos determinantes da capacidade de decisão médica.....	88

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Apae - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais

APA - Associação Americana de Psiquiatria (*American Psychiatric Association*)

CDPD – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CID - Classificação Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde

CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde

d.C. - Depois de Cristo

DSM - *The Diagnostic and Staistical Manual of Mental Disorders*

Eds - editores

ICIDH – Classificação Internacional de Deficiência, Incapacidades e Desvantagens

n. – número

OMS - Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

PCD - Pessoa com Deficiência

Resp – Recurso especial

s.p. - sem página

TA – Transtorno de Anorexia nervosa

V -volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PARADIGMA DA SAÚDE MENTAL PARA O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DETERMINANTES NA CAPACIDADE DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	20
2.1 Da compreensão de deficiência até a Carta de Nova Iorque	41
2.2 O direito e a limitação do exercício de autonomia	47
2.3 Do conceito de pessoa humana ao estabelecimento da capacidade	51
2.4 O modelo brasileiro de capacidade	58
2.5 Da Carta de Nova Iorque ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e os impactos na teoria das capacidades civis brasileira	68
3 SAÚDE MENTAL E O DIREITO: dos critérios de aferição da autonomia para o exercício da capacidade de fato	72
3.1 Das considerações sobre autonomia	72
3.1.1 <i>Da autonomia tradicional</i>	75
3.1.2 <i>Da autonomia relacional</i>	76
3.1.3 <i>Da autonomia promocional</i>	79
3.2 A teoria das capacidades civis brasileira como elemento de exercício autônomo da capacidade	81
3.2.1 <i>O critério do discernimento em 1916</i>	83
3.2.2 <i>O critério do discernimento a partir de 2002</i>	100
3.2.3 <i>O critério da expressão da vontade a partir de 2015</i>	111
4 POR UMA NOVA EPISTEMOLOGIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES CIVIS BRASILEIRA: a necessidade de adequação do modelo brasileiro de capacidade ao paradigma dos direitos humanos	128
4.1 Da capacidade mental e sua multidisciplinaridade	133
4.2 Do instrumento de avaliação da capacidade brasileiro	138
4.1 Da possibilidade de adoção da competência como critério pela teoria das capacidades civis brasileira	145
5 CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

Proteção e promoção. Esses dois termos envolvem toda a discussão teórica realizada na presente pesquisa. De um lado, a pessoa com deficiência se vê, ao longo do tempo, imersa em normativas e tratamentos com roupagem protetiva e cunho ocultador. De outro, tomam para si um lugar de protagonismo social que revela sua necessidade de proteção, pelo fato de estar inserida numa sociedade que a marginaliza e discrimina, mas, também, de promoção, haja vista que são seres humanos diversos e capazes, que devem experimentar uma vivência em igualdade de condições com as demais pessoas.

O ponto de partida da presente pesquisa é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida em 13 de dezembro de 2006, na cidade de Nova Iorque, sendo, por esse motivo, conhecida, também, por Carta de Nova Iorque. Referida Convenção tem como elemento direcionador central a busca pela promoção do reconhecimento da pessoa com deficiência e, para tanto, anseia formas jurídicas de proteção e promoção da autonomia dessas pessoas por meio de suas capacidades.

A Carta de Nova Iorque foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional, observando, para tanto, os trâmites previstos na Constituição da República de 1988 (SOUZA, 2018). Desse modo, a partir de seus anseios, houve a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, alcunhada de Lei Brasileira de Inclusão, e publicada sob o n. 13.146, em 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015). A intenção do Estatuto é ter o condão de combater a invisibilidade histórica que a pessoa com deficiência sofreu ao longo do tempo e promover, proteger e garantir seus direitos fundamentais (SOUZA, 2018).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, promoveu sensíveis alterações em alguns diplomas normativos do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre essas alterações, destaca-se as que foram realizadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, que passou a apresentar uma nova redação, que alterou a teoria das capacidades civis brasileira no tocante ao critério de avaliação da capacidade civil.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que a incapacidade seria uma limitação ao exercício da autonomia de uma pessoa. Existindo, desse modo, a incapacidade absoluta, configurada na ausência total de capacidade para

realização de atos da vida civil, necessitando a pessoa de uma representação e, a incapacidade relativa, estabelecida como uma ausência parcial de capacidade para os atos da vida civil, culminando na necessidade de uma assistência (CARVALHO, 2018, p. 27).

Em seu surgimento, o Código Civil brasileiro, em 1916, no tocante à capacidade, adotava o discernimento como critério de aferição e, com base nesse entendimento, estabelecia quem era incapaz ou não para os atos da vida civil. Porém, esse critério fora pautado, principalmente, na percepção da existência de deficiência mental. Nesse Código, os “loucos de todo gênero”, ou seja, os que apresentavam enfermidades mentais, eram tidos como absolutamente incapazes, não podendo exercer de maneira autônoma os atos da vida civil (CARVALHO, 2013, p. 223).

Já em 2002, com o avanço dos tratamentos psiquiátricos, abre-se a possibilidade dessa normativa sofrer adaptações. É possível notar, com o surgimento de um novo Código Civil, a presença das expressões “deficiência mental”, “desenvolvimento mental incompleto” e “discernimento”, como critérios definidores de incapacidade civil absoluta e relativa. Manteve-se, portanto, o critério do discernimento, porém de uma maneira que aparentava ser possível a análise de suas gradações.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as alterações por ele promovidas, passaram a valer a partir de janeiro de 2016. Desse modo, o Código Civil de 2002 passou a não mais adotar em seus artigos 3º e 4º o critério do discernimento para determinar a capacidade civil de uma pessoa, limitando-se a prescrever que a incapacidade absoluta cabe somente aos menores de dezesseis anos e a relativa, dentre outras hipóteses, é destinada àqueles que “não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002). Nota-se, nesse sentido, a adoção e o protagonismo do critério da expressão da vontade.

Nesse contexto, a presente pesquisa ocupa-se do estudo temático sobre o critério de aferição da capacidade civil da pessoa com deficiência em razão da saúde mental, de modo que pretende enfrentar o seguinte questionamento: a partir da compreensão da teoria das capacidades civis brasileira e suas alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre o discernimento, a expressão da vontade e a competência, qual seria o critério mais adequado aos anseios da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para avaliar a capacidade civil dessas pessoas?

A pesquisa apresenta como hipótese que a competência seria um critério possível de ser adotado para a avaliação da capacidade civil da pessoa com deficiência, haja vista parecer ser conceitualmente mais coerente com os objetivos da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

A competência é entendida como um “conjunto de conhecimentos” (MICHAELIS, 2021) ou do ponto de vista da Medicina, “refere-se ao conceito clínico de possuir habilidades para a tomada de decisões válidas em relação ao tratamento” (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 162).

Diante disso, nota-se que nenhum dos critérios apresentados para avaliação da capacidade apresenta uma definição eminentemente jurídica, de modo que, para normatizá-los e conseqüentemente regulamentá-los, como norma jurídica, o Direito deve recorrer-se a outras áreas do conhecimento que lidam diretamente com essas definições: quando fala-se em discernimento a Medicina, com seus estudos em deficiência mental, é que foi o eixo orientador; quando fala-se em vontade como faculdade de agir, nota-se a Psicologia, além da Medicina, como vertente, e, por fim, quando fala-se em competência como conjunto de habilidades, abre-se a possibilidade de valer-se não apenas destas, mas de uma infinidade de outras áreas do conhecimento capazes de determinar a sua compreensão.

Nesse sentido, pode-se afirmar que somente após aventurar-se nas outras áreas do conhecimento é que o Direito será capaz de verificar se o critério por ele normatizado é, de fato, adequado.

À medida que o Direito busca entender o que forma a compreensão da autonomia, dialogando com outras áreas do conhecimento, como é o caso da Medicina e da Psicologia; e busca promovê-la por meio de regramentos específicos, nota-se que ele se insere dentro do, ainda insipiente, ramo do Biodireito (SÁ; NAVES, 2021).

Assim, realizou-se uma pesquisa bibliográfica teórica jurídico-sociológica, multidisciplinar, afeta ao Biodireito, eis que parte do estudo de outras áreas do conhecimento, nesta pesquisa limitadas à Medicina e à Psicologia, para, posteriormente, buscar uma harmonização e normatização desses estudos dentro do Direito, questionando-se uma norma jurídica com o objetivo de propor mudanças concretas (GUSTIN; DIAS, 2013).

Para tanto, adota-se o raciocínio hipotético-dedutivo, tendo em vista que

a pesquisa realiza estudos dogmáticos acerca do critério do discernimento, da expressão da vontade e da competência para sua compreensão dentro da teoria das capacidades civis adotada pelo Código Civil brasileiro. Desse modo, verifica-se qual, dentre os três, considerados como critério jurídico, seria o mais adequado aos anseios da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Vale destacar, que dentro do recorte proposto para essa pesquisa, trabalha-se apenas o elemento pessoa humana, tendo em vista que a discussão é construída sob uma análise de critérios que sejam adequados ao exercício autônomo da capacidade de fato a partir do paradigma da saúde mental.

Após essa introdução, o capítulo dois tem como objetivo estabelecer um ponto de partida para se chegar ao cerne da discussão principal que envolve este trabalho: a saúde mental e seus impactos jurídicos na capacidade civil de pessoas com deficiência. Realiza-se uma discussão, ao longo da pesquisa, sobre como a saúde mental é um paradigma adotado pelo Direito Civil brasileiro para estabelecer critérios de definição da capacidade de fato. Esses critérios, por sua vez, vêm à tona com a teoria das capacidades civis brasileira, recentemente alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, observa-se que dois caminhos precisam ser traçados para que um ponto de encontro entre eles seja criado: de um lado é necessário compreender o papel das ciências neurais – Medicina e Psicologia - e sua influência na saúde mental humana e, de outro, é preciso destacar o papel do Direito e suas implicações na vida de uma sociedade. A partir disso, é possível estabelecer de que maneira essas áreas do conhecimento exercem influências entre si, notadamente no tocante à regulação de atos da vida civil, a partir do paradigma da saúde mental.

Quando o assunto é capacidade, o próprio termo já remete a uma ideia de “poder fazer”. Mas, quem determina o que pode ser feito e quem pode fazer determinado negócio? É nesse ponto que entra o Direito. É o Direito, enquanto ciência, que vai fornecer os elementos que vão determinar a autonomia de uma pessoa humana para realizar determinadas coisas. Para tanto, vale-se do entendimento fornecido por outras ciências para formar o seu conteúdo normativo e, dessa maneira, propõe modelos de compreensão e comportamentos que serão adotados em determinada sociedade.

No entanto, vale realizar uma indagação acerca das subdivisões da

Medicina em áreas de cuidado da saúde humana. Apesar de a Psiquiatria ser uma área voltada para o funcionamento do cérebro, em realidade, a partir de um diagnóstico estritamente baseado na existência de uma doença que afeta o funcionamento considerado normal desse órgão, caberá à Neurologia – outro ramo considerado como componente das ciências neurais – a sua condução.

Essa pontuação é importante de ser realizada, tendo em vista a proposta de recorte metodológico desta pesquisa que, por sua vez, volta-se apenas ao estudo da Psiquiatria e da Psicologia em conjunto com o Direito. A neurologia, atualmente compreendida como neurociência, “estuda o sistema nervoso, formado pelo cérebro, medula espinhal e nervos periféricos, e as ligações dele com toda a fisiologia do corpo humano [e busca] decifrar os comandos e as funções do cérebro” (BALDISSERA, 2021, s.p.).

A neurociência tem seu estudo, portanto, voltado para uma compreensão mais biológica do ser humano e as implicações de doenças nesse funcionamento corporal. Já a Psiquiatria e a Psicologia, também possuem essa compreensão, porém, analisam a saúde fisiológica e mental humana de maneira mais ampla, observando a interação de fatores como o meio social e suas implicações, tanto na saúde humana de maneira individual, quanto nas interações sociais, razão pela qual este estudo elegeu apenas estas para seu desenvolvimento.

O capítulo, segue contextualizando o que são as chamadas ciências neurais e como o desenvolvimento científico destas culminou na construção e escolha da saúde mental como eixo orientador da teoria das capacidades civis brasileira no tocante à escolha de critérios para o estabelecimento da limitação da autonomia para o exercício da capacidade.

Diante disso, e tendo em vista a recente Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, qual seja, Estatuto da Pessoa com Deficiência, verifica-se o caminho construído tanto nas ciências neurais quanto no Direito Civil brasileiro que culminou tanto na criação, quanto nas alterações da teoria das capacidades civis e no modelo de capacidade civil brasileiro.

Assim, tem-se que o estabelecimento da saúde mental como paradigma, no caso do Direito Civil brasileiro, tem seu ponto de partida no nascimento do próprio Código Civil brasileiro quando, nos primórdios da história da codificação civil, inicia-se a ideia de uma teoria das capacidades civis que, por sua vez, ampara-se no que postula a Medicina como saúde mental. Sendo assim, passa-se à compreensão da referida teoria das capacidades civis e como ela

estabelece um modelo de capacidade civil que é utilizado pelo Direito Civil brasileiro.

O capítulo três, volta seu estudo para o estabelecimento da relação entre o paradigma da saúde mental e o Direito Civil brasileiro. Realiza-se um aprofundamento na teoria das capacidades civis, no intuito de compreender os critérios adotados pelos Códigos Civis brasileiros em 1916 e em 2002, perpassando, também, pelas alterações que este último sofreu no ano de 2015, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Observa-se, portanto, que o Direito Civil brasileiro, valendo-se do paradigma da saúde mental e da ideia construída em torno da consciência, opta por eleger critérios de limitação ao exercício autônomo da capacidade de fato. Em um primeiro momento, no Código Civil de 1916, realiza-se uma normatização mais generalizada, alocando aos chamados “loucos de todo gênero” uma limitação objetiva e excludente da autonomia, amparada numa noção biológica e médica da situação de pessoas que apresentavam transtornos mentais e que, em decorrência disso, eram consideradas absolutamente incapazes (BRASIL, 1916).

Adiante, com o Código Civil de 2002, observa-se que o paradigma da saúde mental permanece como eixo orientador da escolha de critérios que, por sua vez, passam a considerar, a partir do discernimento, que a autonomia para o exercício da capacidade de fato, pode ser estabelecida em graus de maior ou menor afetação na vida civil da pessoa. Por essa razão, amplia-se o rol, considerando a possibilidade de se estabelecer incapacidades absoluta e relativa a depender da situação na qual a pessoa se encontra (BRASIL, 2002).

Por fim, com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no ano de 2015, pode-se afirmar que as mudanças por ele promovidas na teoria das capacidades civis brasileira, com a alteração do Código Civil de 2002, abandona o critério do discernimento – pautado na loucura e no discernimento em si até então – e adota o critério da expressão de vontade. Referida alteração, portanto, reabriu a discussão sobre a adequabilidade dos critérios (BRASIL, 2015).

Observa-se que o critério do discernimento, apesar de ser objeto de críticas por pautar-se numa visão apenas médica da consciência, parecia, desde 2002, ser um modelo adequado, estável no Direito Civil brasileiro e que não experimentava maiores repercussões como, por exemplo, alterações legislativas, tendo permanecido inalterado por mais de dez anos.

Desse modo, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência promove mudanças sob o discurso não apenas protetivo, mas, também, promocional, sob o viés dos direitos humanos, a partir dos ditames da Carta de Nova Iorque, questiona-se, considerando esse ponto de partida, se ambos os critérios são, de fato, adequados, protetivos e promocionais, capazes de promover a inclusão e a igualdade social.

Portanto, a presente pesquisa desenvolve uma nova epistemologia “para o reconhecimento de direitos por meio” da releitura do tradicional instituto da capacidade civil dentro da teoria das capacidades civis brasileira, propondo uma nova compreensão a seu respeito. Para tanto, parte-se do “estudo de novos direitos”, concretizados no sistema jurídico brasileiro a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, “dos sujeitos invisibilizados e ocultados”, isto é, as pessoas com deficiência (UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO, 2020).

Tendo em vista o recorte metodológico da presente pesquisa, que busca investigar os critérios adotados pelo Direito Civil brasileiro para o estabelecimento de situações que ocasionam limitações na autonomia de pessoas com deficiência para o exercício da capacidade de fato, referida contextualização teórica pretende identificar como se formou a escolha e quais critérios foram utilizados pelo sistema jurídico pátrio na sua regulamentação jurídica.

No capítulo quatro, diante das críticas apresentadas nos capítulos anteriores e da verificação da inadequabilidade do critério do discernimento e da expressão de vontade aos anseios da Carta de Nova Iorque, verifica-se a possibilidade de adoção de um novo critério pela teoria das capacidades civis brasileira: o da competência.

Sendo assim, a pesquisa defende que deve haver uma mudança de paradigma no modelo de capacidade do direito civil brasileiro, abandonando-se o paradigma da saúde mental e adotando-se o referencial dos direitos humanos. Para tanto, baseia-se nos estudos teóricos desenvolvidos por Aline Albuquerque (2021), que apresenta-nos a configuração da capacidade jurídica *versus* a capacidade mental, destacando que o instituto da capacidade deve ser avaliado de maneira maleável, observando-se as atuais circunstâncias da pessoa.

A esse modo de avaliação, a Medicina e os estudos em saúde de maneira geral, se referem como competência. Referido termo se apresenta como

multidimensional e relaciona-se com a autonomia para decidir de maneira racional, superando o binarismo capaz *versus* incapaz estabelecido pelo Código Civil. A ideia é que a pessoa pode manter sua capacidade jurídica e ser avaliada de maneira integral, a partir da conjugação de diferentes aspectos, por meio de instrumentos, a exemplo do teste de competência *MacArthur*.

Sendo assim, a pesquisa caminha na sua proposta interdisciplinar, de modo que, a partir da dogmática da competência fornecida pela Medicina, seja possível dar-lhe uma roupagem jurídica, elegendo referido termo como critério de avaliação da autonomia para o exercício da capacidade civil. No entanto, observou-se que esse critério ou modelo, somente é possível de ser utilizado para tal fim, acompanhado da abordagem da tomada de decisão apoiada, sendo seu uso puro e simples, rechaçado pela própria Carta de Nova Iorque.

2 O PARADIGMA DA SAÚDE MENTAL E O SEU PAPEL DETERMINANTE NA CAPACIDADE DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O presente capítulo tem como objetivo estabelecer um ponto de partida para se chegar ao cerne da discussão principal que envolve esta pesquisa: a saúde mental e seus impactos jurídicos na capacidade civil de pessoas com deficiência. Para tanto, necessário se faz uma construção sobre a saúde mental, dentro do que a Medicina estabelece como ciências neurais para, após, a partir de referenciais do Direito, compreender-se como os avanços da Medicina culminaram no estabelecimento, pelo Direito, de normativas que têm como paradigma a saúde mental.

Nesse sentido, tem-se que a definição dogmática do que vem a ser saúde mental cabe às chamadas “ciências neurais”, como a Medicina, por meio da Psiquiatria, e a Psicologia (SADOCK; SADOCK; RUIZ, 2017, p. 1). É por essa razão que referidas áreas do conhecimento foram escolhidas para a construção teórica da presente pesquisa.

Dentro da Medicina, a Psiquiatria é um ramo que se ocupa do entendimento do funcionamento do cérebro humano. Aqui, trabalha-se com a ideia de saúde mental a partir do conhecimento sobre doenças que determinam o funcionamento normal ou anormal desse órgão. No entanto, desde os anos de 1990, essa área do conhecimento vem passando por importantes transformações e, atualmente, adota a ideia de que “um diagnóstico é apoiado primariamente na impressão do médico a respeito da interpretação do paciente de seus pensamentos e sentimentos” e, por meio do cruzamento dessas informações, pauta-se o fechamento de um diagnóstico em um sistema de classificação, a exemplo do CID (Classificação Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde). (SADOCK; SADOCK; RUIZ, 2017, p. 1).

A saúde, de acordo com o conceito adotado pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, compreende “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade” (WORLD HEALTH ORGANIZATION: 1946, tradução nossa)¹. A partir desse conceito, de maneira objetiva, pode-se começar a questionar o que vem a ser deficiência, ou melhor, pessoa com deficiência, já

¹ Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

que em um amplo aspecto, esta compreensão perpassa pelos critérios do que se entende ser saúde e pode se configurar como a falta de um ou alguns deles.

Esse tipo de argumentação é um tanto problemática, tendo em vista que, conforme será demonstrado, a deficiência, independente da maneira como se apresenta, faz parte da natureza de uma pessoa. Desse modo, pode ou não estar relacionada com a visão biológica da saúde e pode ou não apresentar amplas consequências sociais e/ou de saúde limitadoras.

Essa digressão sobre a Medicina, ou melhor, sobre a área da saúde, e, por conseguinte, sobre as ciências neurais, é de muita importância, pois, conforme destaca Vitor Almeida (2020), é a Medicina que, a partir do século XVI e XVII, passa a ocupar um lugar em que tem o poder de determinar o “muro da normalidade”, ou seja, estabelece critérios de entendimento sobre quem é compreendido como normal, anormal e até mesmo patológico na sociedade, consolidando-se por meio das ciências neurais – Psiquiatria e Psicologia – ao longo do século XIX.

Assim, tem-se que, numa sociedade altamente globalizada, dinâmica e com amplo acesso a estudos e informações científicas sérias acerca da saúde mental, ainda é possível observar práticas altamente discriminatórias e preconceituosas. Essas práticas, especialmente para com aquelas pessoas com deficiência que apresentam transtornos mentais de diferentes naturezas, em momentos anteriores, eram ainda mais perniciosas.

Para compreender o paradigma da saúde mental é importante estabelecer o caminho que foi trilhado tanto entre a Medicina quanto pelo Direito no tocante ao tratamento do que se entende ser saúde mental.

Desse modo, é necessário traçar duas vias de contextualização que têm a saúde mental como ponto comum: a primeira estabelece o papel da pessoa com deficiência mental na sociedade ao longo do tempo, demonstrando seu histórico de ocultamento e marginalização social que, em momento posterior, caminha para um tratamento mais humanitário e promocional – que será oportunamente abordado -; e, a segunda, culmina na reflexão acerca do fato de o legislador brasileiro ter se valido dos postulados da Medicina no tocante à saúde mental, mormente no que diz respeito à loucura, para eleger, dentre outros, critérios de aferição da autonomia para o exercício da capacidade civil das pessoas com deficiência, valendo-se da justificativa da proteção jurídica àqueles que não gozam de plena saúde mental ou intelectual.

Nesse contexto, vale salientar que o entendimento de deficiência, conforme será abordado no capítulo 4 desta pesquisa, sofrerá alterações conforme a Medicina se desenvolve e, por consequência, o Direito estabelece implicações jurídicas a partir dessas mudanças. No tocante à saúde mental, alguns autores, como Vitor Almeida (2021, p. 66), preferem utilizar o termo *deficiência intelectual* em detrimento do termo *deficiência mental*. Primeiro, por julgar ser mais apropriado o uso do termo intelectual “por referir-se ao funcionamento do intelecto especificamente e não ao funcionamento da mente como um todo e, também, pelo fato de que, desse modo, evita-se a confusão entre *deficiência mental* e *doença mental*, “que devem ser diferenciados”.

Já Lara Antunes de Souza (2018, p. 272), esclarece que “não é a doença que tem o condão de, por si só, gerar a incapacidade civil da pessoa; sendo necessário analisar a consequência dela junto ao discernimento”, que ela denomina de inteligência. Desse modo, em razão dessa afirmação, considerando o estado da arte em que se encontra a discussão, esta pesquisa adota o uso do termo deficiência intelectual ao tratar sobre a temática.

De acordo com o DSM IV (Manual de Diagnóstico e Estatística de Distúrbios Mentais, edição de 1994), a deficiência mental [ou intelectual] se caracteriza por funcionamento intelectual inferior ao padrão mediano, que experimenta limitações significativas em seu funcionamento adaptivo social em diferentes áreas como as habilidades de comunicação e relacionamentos sociais. Já a doença mental tem como consequência a afetação do desenvolvimento da pessoa na sociedade e se apresenta como neurose ou psicose, causando alterações na percepção da pessoa na sua realidade. Assim “as neuroses são características encontradas em qualquer pessoa, como ansiedade e medo, porém exageradas. As psicoses são fenômenos psíquicos anormais, como delírios, perseguição e confusão mental”.

Portanto, “percebe-se, desde já, que a doença não é causa de deficiência e nenhuma das duas, necessariamente, leva a perda da capacidade” (SOUZA, 2018, p. 35). No entanto, o estudo acerca do papel social da pessoa com deficiência revela que a sua condição experimentou, ao longo do tempo, situações de exclusão e controle social. Nesse sentido, vale observar que:

A escassez de investigações acerca das representações e práticas sociais das pessoas com deficiência ao longo de boa parte da história da humanidade é representativa dos mecanismos de controle sobre

suas vidas, que demonstram o desprestígio social e a invisibilidade de seus destinos. Uma incursão, ainda que breve, na história social das pessoas com deficiência por meio dos processos e do papel social que lhes eram reservados revelam, em qualquer período histórico, um ponto em comum no destino traçado socialmente para esse grupo de pessoas: o silêncio e invisibilização de suas vidas. Esse panorama difere da vida das pessoas que seguem o padrão de normalidade construído ao longo dos tempos e evidencia momentos de extermínio, caridade, institucionalização e, mais recentemente, inclusão social no passado dessas pessoas. Essas fases se sucederam, conjugaram ou se sobre puseram – e ainda se mantém – na determinação e controle do destino das pessoas com deficiência. As pessoas com deficiência formam um dos grupos social e economicamente mais excluídos e vulneráveis. (ALMEIDA, 2021, p. 37).

Nesse sentido, dois pontos importantes acerca do papel social destinado às pessoas com deficiência são abordados nessa pesquisa: a sua objetificação, que nasce no que chamamos de institucionalização da loucura e, em momento posterior, a sua inclusão social, ou seja, o seu reconhecimento enquanto pessoa, sob uma perspectiva humanitária.

No entanto, destaca Tiago Henrique França (2014), que mesmo havendo a possibilidade de se realizar estudos nos quais possa se estabelecer que as pessoas com deficiência passaram por processos de extermínio, caridade, institucionalização e inclusão, conforme será demonstrado ao longo desta seção, a realidade é que nota-se uma dificuldade de se encontrar fontes históricas que retratem a vida, lugares, sociedades e culturas, dessas pessoas.

O presente capítulo, portanto, caminha na construção teórica entre Medicina e Direito do papel dessas pessoas, perpassando pelo estabelecimento do paradigma da saúde mental e na regulação jurídica de sua capacidade, adentrando, nos capítulos seguintes nas implicações do que será exposto como Modelo Social de Deficiência. Assim, tem-se que na Medicina:

[...] A crescente racionalização do mundo, observada a partir do século XVIII, inaugurou o Paradigma Biomédico da abordagem do corpo, e conseqüentemente das deficiências. Nessa circunstância, a promoção da normalidade ganha diversas facetas. A análise realizada transcorre sobre a abordagem médica associada à institucionalização e à reabilitação que compõem um quadro no qual o corpo está no centro do processo normalizador terapêutico, ao passo que a perseguição e o extermínio torna-se cientificamente fundamentado [...] (FRANÇA², 2014, p. 106).

É interessante essa observação, pois percebe-se ao longo do

² Trata-se de um autor, que é sociólogo, da Universidade de Coimbra (Portugal), razão pela qual respeitou-se a grafia original do texto no trecho retirado de uma Revista.

desenvolvimento da Psiquiatria e com o surgimento da Psicologia, que o discurso médico, que origina o modelo médico de deficiência, tenta justificar o tratamento destinado a essas pessoas como uma forma de compreensão de suas “necessidades” de tratamento e cura e, portanto, com sua humanidade reconhecida por processos que resultam em invisibilização histórica e ocultamento social. Ocorre que isso objetificou a visão sobre a pessoa com deficiência mental.

Sendo assim, ensina Vitor Almeida (2021), que desde a antiguidade³ clássica é possível notar o ocultamento social de pessoas que apresentassem algum tipo de deficiência física ou mental. Destaca o autor, que nas antigas cidades gregas era comum a eliminação de pessoas que nasciam destoadas do padrão de normalidade, denotando-se uma espécie de combate à deficiência. No Brasil, inclusive, existem povos indígenas - sem adentrar aqui na questão do multiculturalismo – que também realizam esse tipo de eliminação dos nascidos com algum tipo de deficiência⁴, sendo esta objeto de atenção da Organização das Nações Unidas (2007, s.p.), quando das tratativas sobre Direitos Dos Povos Indígenas⁵, oferecendo atenção especial ao “idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiência indígenas⁶”.

Destaca França (2014), que o infanticídio, desde essa época, nas

³ Antiguidade clássica é um período temporal estabelecido a partir da consideração das civilizações antigas da Grécia e de Roma e compreende o período que vai do Século XVIII a.C. até o ano de 476, no século V d.C. (PUCPR, 2022).

⁴ De acordo com Daniel Sarmiento (2016), algumas etnias de povos indígenas, a exemplo dos *Yanomami*, vivenciam a realidade de eliminar determinados tipos de crianças recém-nascidas, sendo esta prática considerada não como um infanticídio, mas um fator cultural.

⁵ Artigo 22

1. Particular atenção será prestada aos direitos e às necessidades especiais de idosos, mulheres, jovens, crianças e portadores de deficiência indígenas na aplicação da presente Declaração.

2. Os Estados adotarão medidas, junto com os povos indígenas, para assegurar que as mulheres e as crianças indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e de discriminação. (UNITED NATIONS, 2007).

⁶ O termo *portador* de deficiência é considerado equivocado para se fazer referência às pessoas com deficiência, tendo em vista que denota discriminação e revela-se como obsoleto, já que portar relaciona-se com a ideia de carregar algo ou levar algo. Nesse sentido, a adequada referência se configura com o termo *pessoa com* deficiência, que é adotado nessa pesquisa. O manual da redação de mídia inclusiva do Rio Grande do Sul (2011, p. 3), ensina que “os termos portador de deficiência, portador de necessidades especiais (PNE) e pessoa portadora de deficiência (PPD) não são os mais adequados. No lugar deles, recomenda-se usar “pessoa com deficiência” ou “PcD”. A sigla PcD é invariável. Por exemplo: a PcD, as PcD, da PcD, das PcD. Devemos, porém, evitar o uso de siglas para nos referirmos a seres humanos. Também ao desdobrar a sigla, tenha cuidado com o plural: pessoas com deficiência (e não pessoas com deficiências) – a não ser que elas tenham, de fato, múltipla deficiência [...]. Ter uma deficiência não é o mesmo que estar doente, nem é sinônimo de ineficiência. [...] É importante manter em vista que pessoas com deficiência continuam sendo, antes de tudo, pessoas.”

civilizações gregas e romanas é representativo do combate à deficiência. Naquele tempo, as crianças passavam por uma espécie de avaliação das condições que apresentavam com o fim de se verificar se valeria a pena ou não ser permitida a sua sobrevivência, sendo os seres defeituosos descartados.

Ainda na antiguidade clássica, observa-se que “era comum a associação entre a condição física e as faculdades mentais como forma de restringir os direitos das pessoas com deficiência”, sendo a alienação mental um “fator de incapacidade desde o Direito Romano” (ALMEIDA, 2021, p. 51-53). Lara Antunes de Souza (2018, p. 157), completa afirmando que em Roma, as pessoas com transtornos mentais eram classificadas como *furiosus* e *mentecaptus*. Essas pessoas eram vistas como impossibilitadas de realizar a administração de seus bens, pois eram tidas como absolutamente incapazes, sendo os *furiosus* aqueles que podiam “ter momentos de lucidez, onde podiam exercer os atos, [...] o que não era admitido nos momentos de fúria”; e os *mentecaptis* ou dementes eram “loucos irrecuperáveis, que precisavam de um representante para os atos da vida permanentemente”.

Acerca da história da loucura, Lara Antunes de Souza (2018), destaca que, desde a antiguidade clássica, essa condição era vista como uma espécie de desordem que acometia uma pessoa e era explicada de maneiras diversas, desde ser compreendida como castigo ou até mesmo como transgressão ao modelo social que se pautava em determinados padrões de comportamento, carecendo de intervenções de terceiros humanos ou até mesmo divinos.

Nesse sentido, ensina Isais Pessotti (1995), que a loucura se configuraria como uma mudança na autonomia pessoal de uma pessoa, de modo que a busca pela sua compreensão perpassa por modelos teóricos de elaboração que concluem pela constatação da perda do caráter de distinção da pessoa humana. A observação das causas da loucura leva à dinâmica das suas conceituações. Assim tem-se que:

No fim do século II d.C. a loucura pode ser vista pelo menos de três perspectivas. Numa ela aparece como obra da intervenção dos deuses, noutra afigura-se como um produto dos conflitos passionais do homem, mesmo que permitidos ou impostos pelos deuses; numa terceira a loucura afigura-se como efeito de disfunções somáticas, causadas eventualmente, e sempre de forma mediata, por eventos afetivos (PESSOTTI, 1995, p. 78).

Com o passar do tempo, observa-se uma racionalização da questão do

transtorno mental, que passa a não mais ser visto como obra de deuses místicos, mas como componente da natureza humana em sua dimensão orgânica. Assim, a partir dessa dimensão, há o surgimento da noção de que a loucura se relaciona com a ideia de doença, passando a ser atrelada à Medicina e há, também, considerando uma concepção individual do intelecto humano, o surgimento da Psicologia. Diante dessa concepção, criada a partir de um entendimento orgânico e racional da pessoa humana, há a criação de tratamentos, como banhos e prática sexual, no intuito de se alcançar uma eventual cura ou melhora da loucura (SOUZA, 2018).

Percebe-se, desde já, que independente do período histórico em que se estiver discutindo o tema da loucura, é possível observar que são buscadas formas racionais de compreensão de suas causas, já que, apesar de fazer parte da natureza humana de quem a apresenta, tendo em vista que ela se destoa do que é considerado como ideal de comportamento, causa bastante curiosidade e estranhamento. Isso leva a várias formas de extirpamento social, já que a pluralidade que, em tese, compõe uma sociedade, não é capaz de abarcar, pelo menos em um primeiro momento, as pessoas com transtornos mentais, ignorando-se o fato de que “a deficiência deve ser encarada como integrante da diversidade humana, na qual as diferenças não nos segregam, mas nos incluem dentro de um amplo e plural espectro da condição humana” (ALMEIDA, 2021, p. 31).

Vale lembrar que a loucura é um termo que vai comportar todo tipo de transtorno mental em sua concepção, seja ela proveniente ou não de uma doença orgânica. Com o passar do tempo, no entanto, de acordo com a construção da ciência da Medicina, é que é possível observar que existem diferentes tipos de transtornos, causados pelos mais diversos motivos e manifestados com uma variável de gradações.

Retomando o curso histórico da loucura, tem-se que, na Idade Média, entre os séculos X e XV d.C. ela passa a ser ligada à ideia de possessão demoníaca, relacionada, portanto, a um entendimento mais voltado para a doutrina da religião. É nesse momento que, de fato, é fixado o entendimento de que a loucura é uma questão patológica da pessoa humana, causada por uma condenação divina ligada à ideia de castigo, que deveria ser tratada por meio de exorcismo. Esse tipo de crença, conseqüentemente, torna-se um contributo para a estigmatização social de pessoas com transtornos mentais (SOUZA, 2018).

Nesse sentido:

Na Idade Média, devido à forte influência da Igreja Católica, as “deficiências passaram a ser espiritualizadas”, ou seja, começaram a ser encaradas como um fenômeno espiritual e metafísico. Nesse quadrante, a deficiência era considerada uma benção divina, que poderia ser acrescida do dom da vidência ou do milagre da cura, mas sempre tida como diferente, anormal, fruto do pecado. Na concepção metafísica, imputava-se o nascimento de pessoa com deficiência como castigo divino, sendo encaradas como terríveis consequências das condições da alma, relacionadas à impureza e ao pecado. (ALMEIDA, 2021, p. 52).

Como observa-se até aqui, nos primórdios, há uma busca de entendimento do que seria a saúde mental a partir do que as pessoas consideradas não totalmente sãs ou destoantes do padrão social de normalidade, apresentavam em seus comportamentos. No entanto, a Medicina enquanto ciência voltada para a biologia humana, ainda não era vista como a detentora dessas regras e sim a Igreja Católica, que era um símbolo de poder na Idade Média. Assim, apesar da concepção divina das justificações no tocante à deficiência – que pelo conhecimento Médico eram complementadas – havia uma noção de loucura complementar entre ambas.

Na Idade Moderna, estabelecida entre 1453 até 1789, quando ocorre a Revolução Francesa, observa-se mudanças na compreensão e tratamento da loucura. A Medicina eclesiástica de outrora, que compreendia a loucura como uma questão patológica, mas advinda de possessão da pessoa humana pelo demônio, dá lugar a Medicina em si que, no século XVII, passa a atribuir à loucura causas naturais e a compreende “como um processo mental que atinge funções nervosas superiores, dissociando-se de suas causas sobrenaturais. A Medicina buscava uma explicação científica para a loucura.” (SOUZA, 2018, p. 50). Portanto, “com a paulatina perda do poder da Igreja Católica e o surgimento do Iluminismo, a deficiência passa a se submeter ao crivo do saber biomédico” (ALMEIDA, 2021, p. 53).

O desenvolvimento das noções de loucura começa a sofrer avanços, mas ainda pautando-se na pessoa com deficiência mental como um mero objeto de compreensões dos estados da mente. A saúde mental daquelas pessoas que não gozam de maneira plena dela, ainda é vista sob uma ótica limitada de dimensões. Assim, observa-se uma continuidade de tratamentos discriminatórios revestidos de argumentos protetivos de tratamento e cura e que

perduram ao longo da história de invisibilização dessas pessoas.

Nesse contexto, há o surgimento do que, posteriormente será chamado de modelo médico de deficiência. Nesse caso, em se tratando de saúde mental, Lara Antunes de Souza (2018), ensina que a partir de uma perspectiva médica surge a nomenclatura *alienação mental*, a partir dos estudos de Felix Plater, em 1625, e Zacchias, em 1661. Assim, a alienação mental manifesta-se pelo delírio que, por sua vez, afeta a mente na dimensão da razão, da memória e da imaginação. É nesse momento que há uma primeira tentativa de se criar uma ligação entre Direito e Medicina, pois:

Zacchias (1661) (1721), por sua vez, buscou conciliar a classificação médica com as definições jurídicas, decorrente de suas experiências nos tribunais eclesiásticos entre 1624 e 1650. Assim, distinguiu a demência da amênia (confusão mental) que causam a perda parcial ou total da razão, decorrentes da imbecilidade, do delírio ou da loucura, denominada insânia. Logo, o delírio passa a ser uma categoria à parte. A loucura caracterizava-se pela perda da razão ou descontrole da vontade. Como doença, a loucura deveria ser diagnosticada e tratada pelos médicos. [...] Esta busca de um critério patológico que fugisse do critério milagroso de atribuição da loucura não era preocupação apenas dos médicos, mas a Igreja também se preocupava com esta distinção. [...] Percebe-se uma atribuição de autoridade ao médico. (SOUZA, 2018, p. 51).

Apesar da loucura começar a comportar diferentes gradações e nomenclaturas, de acordo com suas variações de manifestação, há uma compreensão dogmática polarizada, baseada no “ou é ou não é”: ou se é louco ou não, ou se é normal ou não é, ou se tem razão e discernimento ou não tem, ou se tem autonomia para controlar a própria vida ou não tem. No entanto, a busca para justificar juridicamente essas questões volta-se ao diagnóstico médico, que é pautado no saber científico biológico da pessoa humana, conferindo a este uma autoridade em uma área – a da saúde – que vai refletir na área jurídica de maneira importante.

Destaca-se que, ainda na Idade Moderna, nota-se a existência dos chamados asilos para alienados na Europa. Esses asilos eram casas de repouso que acolhiam pessoas com transtornos mentais – loucura – para que fossem cuidadas por religiosos sem, no entanto, submeterem-se a tratamentos médicos voltados à manutenção da alienação mental. Essa experiência permitiu o desenvolvimento da chamada clínica psiquiátrica, já que permitiu a realização de estudos sobre distúrbios mentais a partir de um contato mais direto com a pessoa que os apresentava (SOUZA, 2018). Nesse sentido:

O padrão de normalidade, nesse período, passa a ser ditado pela Medicina, especialmente pela nascente psiquiatria, que passa a atuar como instância de controle social, na medida em que seu discurso segregava e excluía os anormais/patológicos, emergindo o paradigma da institucionalização, que supervalorizava o saber psiquiátrico e permitia o isolamento das pessoas com deficiência. Michel Foucault ensina que a anormalidade, a partir do final da Idade Média até o início do século XX, foi construída pelas instâncias de poder político, médico e judicial de forma intencional com o objetivo de desqualificar o sujeito. [...] O modelo médico foi utilizado pelo sistema jurídico como justificativa para aplicação da lei, legitimando a segregação social, e, por conseguinte, a institucionalização das pessoas com deficiência. (ALMEIDA, 2021, p. 54).

Como se nota, o modelo médico de deficiência é responsável por contribuir para o entendimento de que a saúde mental, a partir do que se conhecia da sanidade mental e suas implicações no comportamento autônomo de uma pessoa para realizar atos, seria um paradigma a ser observado e, eventualmente, adotado, para definição dos limites de atuação de pessoas que não gozassem dela de maneira plena.

Ensina Manuel Desviat (1999), que o século XVII trouxe uma desorganização social e uma crise econômica à Europa e que o enclausuramento de pessoas, como os tidos como loucos, até sua invisibilização, foi a resposta a esses problemas. O Hospital Geral de Paris, por exemplo, nessa época, chegou a receber cerca de oito mil pessoas, como forma de se ocultar essas citadas misérias sociais, contando, ainda, no seu edito real fundador, a previsão de proibição de qualquer forma de mendicância por essas pessoas pela cidade, sob pena de sanção. Logo, esse era um espaço de exclusão social.

A partir disso, inicia-se uma espécie de confusão entre o papel de um hospital em si, dos presídios e dos hospícios, pois trabalhava-se com a ideia de enclausuramento dessas pessoas, para afastá-las da sociedade, porém, sob o argumento da cura de suas enfermidades. Logo, sustentava-se que o tratamento hospitalar dado a essas pessoas era algo terapêutico, pois ao promover distrações à loucura, promovia-se (ou condenar-se-ia) ao repouso o seu cérebro. Desse modo, “a Psiquiatria era a garantia que salvava a legalidade”, já que ao médico foi conferido o poder de reconhecer essas pessoas não como sujeitos de direitos, mas, como irresponsáveis, que escapavam da imposição da lei e das regras de convívio social (DESVIAT, 1999, p. 17-18).

Nesse sentido, ensina Manuel Desviat (1999, p. 18, grifo nosso), que” os

psiquiatras passaram a ser tutores de menores perversos. Aí se iniciou uma aliança que iria perdurar até os dias atuais, aliança complexa e contraditória, complementar entre a psiquiatria e o direito, e de limites às vezes imprecisos”.

Assim, percebe-se que havia uma dificuldade de se compreender, até mesmo pela própria psiquiatria e pelo direito, de que maneira as pessoas tidas como loucas ou alienadas deveriam ser tratadas. A maioria do corpo social, tido como “normal” não sabia ou não conseguia aceitar o convívio com essas pessoas de comportamentos desviantes e incompreensíveis. No entanto, é importante destacar, que à sociedade caberia a função de proteger aqueles que são compreendidos como sujeitos vulneráveis⁷ e, conseqüentemente, carentes de proteção.

Caberia ao corpo social, por meio de seu sistema de saúde e suas normativas, oferecer formas de cuidado às pessoas com deficiência mental. No entanto, esse cuidado aparece ao longo da história de maneira questionável a esse grupo populacional.

Nesse contexto, era impossível a compreensão dessas pessoas pela psiquiatria e pela psicopatologia apenas sob um viés, por exemplo, médico, já que a atuação dessas áreas, em conjunto com o direito, perpassava pelo exercício de funções que não eram exclusivamente médicas e “transitavam no

⁷ Tanto a ciência do Direito quanto às ciências da saúde, como a Medicina, vão apresentar a noção de vulnerabilidade ligada à ideia de plano ou posição de uma pessoa ou grupo, relacionada a algo que não pode ser realizado de maneira plena, carecendo, portanto, de assistência, proteção e limitações.

Assim, ensina Maria do Céu Patrão Neves (2006, p. 158), que “vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivado de *vulnus (eris)*, que significa ‘ferida’. Assim sendo, a vulnerabilidade é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido.” Já Ruth Macklin (2004, p. 60) explica, que “pessoas vulneráveis são pessoas relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses”.

Ao relacionar a vulnerabilidade com situação ou posição física ou moral, a aplicação do termo passa por uma ampliação, compreendendo uma gama de pessoas que vão ser inseridas em situações de fragilidade dentro do contexto social, como é o caso de determinados grupos minoritários que sofrem com a marginalização e a invisibilidade. A palavra, portanto, assume uma dogmática também política. Logo, “o termo ‘vulneráveis’ também é utilizado como sinônimo de ‘minorias’ e qualifica os grupos que necessitam de uma proteção especial para garantia dos seus direitos e igualdade de oportunidades que, em regra, lhes são obstaculizados” (SENTONE; GIACOIA, 2020, p. 29).

Ao falar sobre vulnerabilidade, Hans-Martin Sass (2004, p. 79-80) sustenta que “as culturas e estruturas sociais e políticas foram desenvolvidas justamente para” combatê-la. No entanto, ao longo do tempo, essas tradicionais redes de proteção se mostraram ineficazes, já que se observam tratamentos infelizes e injustos deflagrados contra aqueles vistos como pessoas vulneráveis.

Pessoas ou grupos vulneráveis apresentam condições particulares e abstratas que são colocadas em um plano de desproporcionalidade no substrato social, acarretando em situações de marginalização e ocultamento. No entanto, há uma dinamicidade nesse entendimento que permite mudanças de situação e posições, tendo em vista que essas pessoas ou grupos podem ou não ocupar esses lugares de maneira contínua (ARAÚJO; LINS-KUSTERER, 2021, p. 351).

limite da legalidade” (DESVIAT, 1999, p. 19).

É em razão dessa constatação que esta pesquisa destaca, até de maneira excessiva, que a atuação das áreas da Medicina e do Direito deve se dar de maneira distinta, dentro das suas dimensões técnicas e sociais. Logo, confundí-las, “ou não entender a necessidade de autorização judicial para internar a contragosto pacientes que tenham perdido a capacidade de dirigir a si mesmos, é voltar às *lettres de cachet*⁸, às ordens reais e aos hospícios e casas correcionais do absolutismo (DESVIAT, 1999, p. 19).

Nesse contexto de desenvolvimento da psiquiatria, iniciado a partir da Revolução Francesa (1789-1799), afirma-se que a Psiquiatria clínica, advinda da experiência dos asilos anteriormente citada, nasce no final do século XVIII. A Psiquiatria em si, por sua vez, é fundada no século XIX por Philippe Pinel, sob a configuração de uma ciência que faz parte da Medicina e se ocupa das questões da mente humana para explicar as doenças que a acometem (SOUZA, 2018).

Para Isaias Pessotti (1995), Philippe Pinel é uma figura importante, apesar de não ser um precursor. Seus estudos garantiram uma nova roupagem ao tratamento da, genericamente, “alienação mental”. O avanço de seus estudos propõe uma atitude científica nova, que busca entender a essência da loucura, e caminha, com seu método de diagnóstico, para além das explicações organicistas sobre desanrrranjos mentais. Nesse sentido:

O diagnóstico implica agora na observação prolongada, rigorosa e sistemática das transformações na vida biológica, nas atividades mentais e no comportamento social do paciente, de sua história de vida, como recurso diagnóstico essencial. Como esse método implica a convivência e uma certa interação com o paciente, ele se confunde, até certo ponto, com a intervenção clínica. A própria definição de alienação mental implica a atitude clínica. Pinel, portanto, institui a visão clínica da loucura, ou, dito de outro modo, a clínica psiquiátrica (PESSOTI, 1995, p. 170).

É interessante essa pontuação feita acima por Isaiás Pessoti no tocante a ir além da concepção biológica da pessoa humana. Conforme será visto ao longo do capítulo 4, a ideia de deficiência ao longo do tempo vai passar por reformulações que superam uma visão apenas pautada na biologia do

⁸ Ensina Luis Carlos Pereira Varella (2006, p. 57), que tratava-se de ordens reais do rei francês, “conhecidas como mandados de prisão em forma de cartas sobre o “internamento voluntário”. Eram ordens arbitrárias que não permitiam recursos de apelação e, comumente, era utilizadas para afastar pessoas indesejáveis, como, por exemplo, os loucos, internando-os em hospitais.

organismo e passa a ser compreendida como uma interação de fatores, como o meio social no qual a pessoa está inserida. Essas reformulações, conseqüentemente, são capazes de provocar o Direito na disposição de suas normatizações que, desse modo, busca se amoldar a esses novos entendimentos.

Iara Antunes de Souza (2018), ensina que, para Philippe Pinel, a loucura configurava-se como uma espécie de erro nas funções de julgamento e imaginação de uma pessoa. A esse distúrbio das funções intelectuais ele deu o nome de *neurose*. Dentro da concepção de neurose, além da loucura⁹ propriamente dita, havia outros tipos de doenças mentais, que não transformavam a pessoa em um alienado, como o sonambulismo; e afecções que aboliavam por completo a função cerebral. Além disso, as causas poderiam ser de ordem física ou moral (causadas por excessos ou paixões e não por lesões no cérebro). No tocante ao entendimento da causa moral da loucura, Philippe Pinel defendia uma não intervenção na pessoa que apresentasse algum transtorno, deixando-se, desse modo, que seu corpo físico respondesse aos sintomas de maneira natural e, quando necessário, seria feita a realização de prescrição medicamentosa.

É por meio da compreensão moral da loucura que se pode observar um

⁹ De acordo com João Frayze-Pereira (1984, p. 9-10), pode-se dizer que por loucura, compreende-se, em diferentes acepções: “1) Um estado de perda da consciência de-si no mundo que condena a pessoa a existir à maneira de uma coisa. Por exemplo: “loucura é a perda da consciência do próprio ‘eu’. Uma pessoa chega à loucura a partir do momento em que vai perdendo a consciência de sua existência, do seu ser, do seu lugar no mundo e, vazia, se perde na realidade exterior”; “loucura é o estado no qual a pessoa vive quase como um vegetal e suas ações se processam ‘no escuro’. Não tendo nenhum controle de sua realidade pessoal consciente..., seu barco se desgoverna por completo” etc. 2) Uma doença. Por exemplo: “um estado físico mental, posto que o cérebro sofre danos, em que a pessoa passa a agir de forma descontroladamente agressiva, tornando-se perigosa no convívio com outras ou, o que é pior, que já não saiba mais discernir entre a realidade e seus devaneios...”; “a loucura talvez seja a doença que existe há mais tempo na história dos homens” etc. 3) Um “distúrbio orgânico” ou um “desequilíbrio emocional” do indivíduo cujo efeito é um desvio do comportamento em relação a normas sociais. 4) Distúrbios emocionais ou somáticos cuja origem é “o desajustamento do indivíduo dentro da sociedade em que se encontra”. 5) Todo tipo de desvio do comportamento pessoal em relação a uma norma sancionada socialmente. O comportamento é desviante ou louco quando se afasta “do convencional, da rotina, das normas instituídas”. Por exemplo, “uma pessoa é considerada louca quando deixa de admitir e cumprir as funções, obrigações e atitudes que foram aprovadas, elaboradas e cumpridas por todos os indivíduos sãos de sua sociedade” etc. 6) Um estado progressivo de “desligamento” ou “fuga” de uma realidade (“objetiva”) para outra (“subjetiva”) em decorrência de uma “insatisfação do indivíduo com o mundo normal e os problemas que nele enfrenta”. 7) Uma tomada de consciência de si e do mundo. Por exemplo: “loucura é a profunda tomada de autoconsciência. É a rejeição de um mundo preestabelecido e moldado normalmente”; “os loucos expressam seu verdadeiro ser. Não têm medo de mostrar as verdades para o mundo. Os loucos são os que sabem olhar o mundo com os olhos da realidade. Por isso mesmo são reprimidos pela sociedade” etc.”.

início de ocultamento social da pessoa em razão da sua saúde mental. Isso porque, para Philippe Pinel, referido tratamento – que não se aplicava a todas as espécies de transtornos mentais, como a demência – deveria ser pautado no afastamento daquilo que causava os episódios de transtorno. Desse modo, o médico propunha um tratamento segregador em que haveria a realização do isolamento da pessoa em uma instituição sendo, portanto, a figura do manicômio¹⁰, como essencial ao tratamento que, por sua vez, era conduzido, em razão da competência de diagnóstico e tratamento para tal, por um médico (SOUZA, 2018).

O termo manicômio é utilizado para designar os hospitais psiquiátricos, no entanto, essas instituições de “acolhimento” dos ditos loucos revelaram-se, ao longo do tempo, como lugares de “troca-zero”, funcionando como depósito daquelas pessoas que apresentavam transtornos mentais e eram submetidos ao isolamento social e aos mais diversos tratamentos discriminatórios, degradantes, desumanos e precários, culminando na destruição e falta de dignidade dos pacientes. (PASSOS, 2021).

Na verdade, observa-se que a situação de ocultamento de pessoas com falta de plenitude de faculdades mentais vem ocorrendo desde o início dos tempos de que se tem registro, já que diversas explicações e tratamentos a elas destinados pautavam-se, em alguma medida, na ação do isolamento. No entanto, essa possibilidade de afastamento social toma outras proporções, de acordo com o desenvolvimento da Psiquiatria e da construção científica em torno da temática. Assim, pode-se afirmar que há a percepção aflorada do ocultamento social e não o seu início, em razão da saúde mental. Nesse sentido:

O momento em que a jurisprudência da alienação se torna a condição preliminar de todo internamento é também o momento em que, com Pinel, está nascendo uma psiquiatria que pela primeira vez pretende tratar o louco como um ser humano. O que Pinel e seus contemporâneos sentirão como uma descoberta ao mesmo tempo da filantropia e da ciência é, no fundo, apenas a reconciliação da consciência dividida do século XVIII. O internamento do homem social preparado pela interdição do sujeito jurídico significa que pela primeira vez o homem alienado é reconhecido como incapaz e como louco; sua extravagância, de imediato percebida pela sociedade, limita — porém sem obliterá-la — sua existência jurídica. Com isso, os dois usos da

¹⁰ Isaías Pessoti (1996, p. 151-152), ensina que o autor apresenta uma distinção entre manicômios, asilos e hospícios, sendo que “asilos era o termo utilizado para lugares com função de abrigo ou recolhimento – de loucos e não loucos. Os hospícios eram exclusivos para loucos, entretanto não ocorria o tratamento médico. O manicômio era a designação para hospital psiquiátrico.

medicina são reconciliados — o que tenta definir as estruturas mais apuradas da responsabilidade e da capacidade (FOUCAULT, 1972, p. 147).

Essa pontuação é de extrema relevância para a contextualização histórica e codicista civilista da pessoa com deficiência tida como incapaz em razão da saúde mental. Sob o discurso protetivo, essas pessoas foram submetidas a tratamentos discriminatórios, tanto no lado social, quanto na seara normativa: é oferecida uma proteção que, na verdade, vem em forma de submissão às regras da Medicina e do Direito que não trabalha, por sua vez, em um primeiro momento, com uma participação mais ativa e promocional da própria pessoa que é o centro da questão.

Nota-se, assim, que o que na Medicina parece ser um avanço científico na compreensão e tratamento do transtorno mental dentro da ideia de loucura, em outros campos nos quais a pessoa com transtorno mental está inserida, como o ambiente social e o ordenamento jurídico, há uma desarmonização desde os primórdios: silencia-se o chamado louco e afasta-se dos olhos da sociedade aqueles que apresentam transtornos que, por incompreensão, são vistos como descolados de um padrão de normalidade. Por outro lado, no entanto, há que se destacar que esse caminho tortuoso permitiu que uma espécie de evolução da ciência Médica, no tocante à compreensão da loucura, acontecesse.

Seguindo no desenvolvimento da Psiquiatria durante o século XIX, ensina Lara Antunes de Souza (2018), que este ficou conhecido como o século dos manicômios, pois foi nessa época em que o processo de exclusão de pessoas que eram tidas como loucas tornou-se mais intenso. No entanto, autores como Octavio Domont de Serpa Junior (2011), defendem que essa realidade faz parte de uma espécie de “lógica da inclusão” que está alinhada com o surgimento da Medicina Legal, sendo a privação de liberdade, portanto, justificada sob o argumento da fraternidade e do cuidado, que caminham para a garantia de igualdade dessas pessoas por meio do reestabelecimento da razão. Nesse sentido:

Em nenhum outro século o número de hospitais destinados aos alienados foi tão grande; em nenhum outro século o número de internações atingiu proporções tão grandes das populações. Mais ainda, em nenhum outro século a variedade de diagnósticos de loucura, para justificar a internação, foi tão ampla. (SOUZA, 2018, p.

87).

Mais uma vez, é possível observar que o desenvolvimento da Medicina se dá em paralelo com uma espécie de atraso social: na medida em que possibilidades de diagnósticos e tratamentos surgem, ainda que sob o argumento de restabelecimento da saúde mental das pessoas que não gozam de sua plenitude, a exclusão social e a tentativa de adequar essas pessoas a um padrão de convivência social, julgado como correto, toma forma. Iara Antunes de Souza (2018, p. 89), demonstra que ao médico, no tratamento destinado a esses pacientes, além de uma função de autoridade médica e moral, exercia a função de pedagogo, já que “cabia ao alienista aplicar junto ao paciente medidas de reeducação moral, pautada nos “bons costumes”, de forma que o alienado reformasse seus hábitos e tendências.

Essa forma de tratamento excludente, firmada em tratamentos morais e físicos das pessoas que apresentavam transtorno mental – falta de razão – começou a declinar na primeira metade do século XIX, tendo em vista que a realidade das instituições de acolhimento eram destoadas daquele modelo que inicialmente foi proposto por Phillippe Pinel, além disso, o aumento do número de internos e a alta de custos de manutenção, contribuíram para esse insucesso. Vale destacar, também, que de uma ideia que era, inicialmente, acolhedora, essas instituições revelaram-se como segregadoras, configuradas em lugar de custódia de loucos em que se observava diversos tipos de abusos (SOUZA, 2018).

É importante registrar que, quando se fala em insucesso da história manicomial, não está sendo feita uma condenação integral desse tipo tratamento. O contexto explorado do desenvolvimento da ciência médica e da própria atuação da ciência jurídica, demonstra que houve, de fato, avanço em conhecimento, tratamentos e diagnósticos no tocante à saúde mental e ao tratamento destinados às pessoas que dela padecem. Nota-se que, em realidade, esse tipo transtorno ou deficiência, possui formas de tratamento e acolhimento eficazes, que foram se aperfeiçoando, porém, não foram aplicadas da maneira adequada como originalmente criados, observando a pessoa como um ser humano e não como mero objeto de estudo científico.

No século XX, a Medicina, no campo da Psiquiatria, passa por maiores desenvolvimentos, principalmente na França e na Alemanha. Há um movimento

de categorização de doenças mentais que tem como principal expoente o psiquiatra alemão Emil Kraepelin, que se preocupava mais em analisar questões relacionadas às causas e permanência do discernimento nessas situações, do que com cura e tratamento, reforçando-se, desse modo, a visão organicista da saúde mental (SOUZA. 2018).

Nesse período, em 1844, houve a criação da Associação Americana de Psiquiatria (*American Psychiatric Association – APA*) que se ocupou em realizar uma sistematização catalogada das doenças mentais. Esse movimento deu origem ao Manual de diagnóstico e estatísticas de doenças mentais (*The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*), em 1918, que teve versões mais atualizadas em 1952 e 1980, respectivamente. Já na versão do ano 2000, é incluída uma série de critérios clínicos para diagnóstico e tratamentos de transtornos mentais e sua atualização contou com a presença de profissionais da área de Psicologia. Paralelo a esse movimento, havia também a Classificação Internacional de Doenças (*International Classification of Diseases - CID*) da Organização Mundial de Saúde (SOUZA, 2018).

De acordo com Lara Antunes de Souza (2018), em sua versão de número dez, desenvolvida a partir de 1999, a CID também adota o mesmo termo – transtorno – do DSM para se referir à doença e alienação, esclarecendo a Organização Mundial de Saúde que:

O termo “transtorno” é utilizado ao longo da classificação, de modo a evitar problemas como “doença” e “enfermidade”. “Transtorno” não é um termo exato, mas é usado para indicar a existência de um conjunto de sintomas clinicamente reconhecíveis ou comportamentos associados, na maioria dos casos, com sofrimento e com a interferência nas funções pessoais. (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2014, p. 11, tradução nossa¹¹).

A mudança de nomenclatura é um processo importante ao longo do histórico da compreensão da pessoa com deficiência mental. Isso, porque é a partir da mudança do modelo médico de deficiência para uma espécie de modelo social que o processo de mudança do papel social da pessoa com deficiência e sua inclusão, se tornam mais fortes.

A nomenclatura utilizada para se referir à plenitude das faculdades

¹¹ The term “disorder” is used throughout the classification, so as to avoid even greater problems inherent in the use of terms such as “disease” and “illness”. “Disorder” is not an exact term, but is used here to imply the existence of a clinically recognizable set of symptoms or behaviour associated in most cases with distress and with interference with personal functions.

mentais de uma pessoa, por exemplo, será objeto de discussão dessa pesquisa quando da compreensão da teoria das capacidades civis brasileira. Observá-se-á que o Código Civil elegerá o termo discernimento (que, conforme destacado, surge em estudos do século XX), como critério para determinar a autonomia para o exercício da capacidade, conforme será visto, pautando-se, no entanto, numa compreensão ainda médica para a construção dogmática desse conceito.

Nota-se que esse movimento de mudança de nomenclatura tem o condão de descortinar um processo de quebra de estigmas relacionados à saúde mental, posto que a pessoa com transtorno mental – e não o doente mental – inspira a possibilidade de ser tratada e, eventualmente, curada. No entanto, percebe-se que a raiz biológica na qual a Medicina se pauta ainda continua presente já que essas classificações não caminham para uma preocupação sobre a saúde integral do sujeito, pautada na conjugação de diferentes fatores como, de início, havia sido pensado, mas, foca-se apenas na perda da racionalidade, na falta da razão e no desgoverno da vontade (SOUZA, 2018).

No século XXI, por fim, diferente dos períodos anteriores em que a Psiquiatria se voltou ao processo de classificar e caracterizar a saúde mental, há um movimento da Medicina em oferecer uma visão mais orgânica da loucura, denotando-se um progresso nessa área da saúde, já que, agora, há uma maior preocupação com a pessoa que apresenta transtorno mental do que com o transtorno mental em si. (SOUZA, 2018). Essa reviravolta paradigmática poderá ser observada, principalmente, no Brasil, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme será oportunamente estudado.

É importante ressaltar que, nesse mesmo período histórico-temporal, a partir da metade do século XIX em diante, em que a Medicina psiquiátrica já apresenta avanços científicos sobre as gradações acerca dos estados da mente, o Brasil, por volta de 1860, conforme será visto mais adiante, começa a pensar em produzir um Código Civil. Assim, a construção do que viria a se tornar a teoria das capacidades civis brasileira já poderia contar com o estado da arte médico e psicológico, já que a Psicologia também se desenvolve por volta dos anos de 1950, para embasar suas normativas acerca da limitação de autonomia para o exercício de atos da vida civil. O que, faticamente, não ocorreu. No entanto, é a esse paradigma da saúde mental advinda da Medicina, conforme exposto, que o Direito recorre para construir a dogmática da capacidade civil.

Além da Psiquiatria, a Psicologia também se consolida como área da

saúde e ramo autônomo do conhecimento a partir do final do século XIX, apesar de sua origem remontar aos antigos tempos gregos. O termo surge inicialmente em uma obra do filósofo alemão Rudolf Goclenius (1547- 1628), em 1950. O termo, de acordo com sua etimologia grega *psique*, que significa alma ou espírito; e *logos*, que significa estudo ou tratado”, refere-se ao estudo da mente ou da alma, voltando seu entendimento para a racionalidade humana (ARAÚJO, 2021).

O estudo da Psicologia não tratou do anormal, mas sim do normal e de suas normas. Na primeira metade do século XX estudou-se a ideia de inteligência, de forma que os indivíduos que tivessem reduzida capacidade mental deveriam ser encaminhados a instituições especiais – escolas ou colônias, permitindo sua administração e submissão a regimes particulares, tarefas ou tratamentos de acordo com suas habilidades. (SOUZA, 2018, p. 119).

Novamente, observa-se a área da saúde pontuando termos como capacidade mental e habilidades para compreender e ilustrar a situação da saúde mental de pessoas com deficiência. Esses mesmos termos que, por sua vez, são adotados pelo direito, quando estabelece normativas acerca da limitação da autonomia dessas mesmas pessoas para o exercício da atos da vida civil.

A Psicologia introduz o uso de testes para aferir as habilidades mentais de pessoas com transtornos mentais para o exercício de atos autônomos. Referidos testes tinham o condão de averiguar de maneira materializada e objetiva o verdadeiro estado da razão dessas pessoas. Além disso, havia outro método de compreensão também utilizado dentro dessa área, qual seja, a Psicanálise, cujos principais expoentes foram Sigmund Freud e Jacques-Marie Émile Lacan, que por meio do estudo do inconsciente e seu eventual tratamento “garantiria ao sujeito o exercício, na maior medida do possível, de sua autonomia. Ter consciência de seus atos é ter autonomia e, portanto, discernimento – autodeterminação” (SOUZA, 2018, p. 125).

Mais uma vez, merece destaque o termo discernimento. Dentro da Psicologia ele se relaciona com o estado de lucidez de uma pessoa, à medida em que ao não gozar de plenitude de suas faculdades mentais, a sua atuação autônoma na realização de atos fica comprometida, já que a à pessoa falta-lhe consciência. No entanto, conforme apresentado acima, essa concepção de discernimento parte do que se compreende por falta de discernimento que, por

sua vez, advém do comportamento da pessoa quando da sua perda de razão ou inconsciência.

Entende-se que esses estudos, tanto médicos quanto psicológicos, da consciência e inconsciência, que determinam o discernimento, foram, por muito tempo dicotômicos. Ignorando-se o fato de que o discernimento possa ser graduado em diferentes consequências para a limitação da atuação autônoma de uma pessoa. Porém, não é objetivo dessa pesquisa retirar a sua importância que, pelo contrário, é muito pertinente. Mas, vale dizer, que os avanços práticos e científicos deveriam acompanhar a dogmática dos termos, já que é esse o objetivo de ambos. Ocorre que nota-se uma objetividade também dicotômica com consequências objetivas: se tem consciência, tem discernimento, sendo, portanto, capaz de se autodeterminar. Caso contrário, na falta de consciência, tem-se a falta de autodeterminação e a incapacidade de discernir, desconsiderando-se a medida de afetação dessa inconsciência na autonomia da pessoa.

Fato é que, desde o surgimento do entendimento da loucura e seus tratamentos que buscavam, ainda que de maneira questionável, desde Philippe Pinel, uma maior compreensão da saúde mental do louco, há, de maneira paralela, uma busca por um tratamento mais humanizado das pessoas com deficiência a partir do paradigma da saúde mental. “Em razão disso, o século XX, é marcado pelo movimento antimanicomial ou luta antimanicomial”, que volta suas ações para a tentativa de fornecer a essas pessoas a possibilidade de vivência de uma vida comum e reintegrada ao seio social. Vale destacar que a luta antimanicomial é um movimento mundial e que, no caso do Brasil, será marcado pelo II Congresso de Trabalhadores de Saúde Mental¹² no ano de 1987, ou seja, antes mesmo da Constituição da República de 1988, que está em vigor. (SOUZA, 2018, p. 125). Nesse sentido:

A Luta Antimanicomial se constitui como um movimento político que tem como eixo principal a construção de cidadania do louco e sua

¹² De acordo com Raul Fernando Sotelo Prandoni e Maria Itayra Coelho de Souza Padilha (2004, s.p.), “em 1986, aconteceu o histórico congresso, chamado II Congresso de Trabalhadores de Saúde Mental, na cidade de Bauru/São Paulo, que desencadeou e possibilitou a criação de um Movimento de caráter nacional chamado Movimento Nacional da Luta Antimanicomial. Este Movimento é partícipe direto das lutas e conquistas na busca da inclusão social do sofredor psíquico. É um movimento plural, independente e autônomo que mantém parcerias com outros movimentos sociais. Em sua trajetória, este Movimento, avançou de uma posição de características de trabalhadores de saúde mental, para um movimento social mais amplo que visa uma intervenção política na sociedade”.

inclusão social. Transformação radical dos dispositivos sociais milenares, até então, utilizados com a loucura, promovendo um autêntico movimento político que busca produzir soluções para além do que já existe, novas categorias e conectores no campo social que possam articular toda rede de assistência e cidadania. (RIBEIRO, 2011, p. 69).

Todo esse esforço histórico até aqui realizado é de grande importância para a presente pesquisa, tendo em vista a necessidade de contextualizar a saúde mental sob duas vertentes: a Médica e a Jurídica. Ambas as áreas do conhecimento têm se mostrado como complementares uma à outra já que paralelo ao desenvolvimento da Medicina no tocante à saúde mental, há o Direito no seu exercício de normatizar essas questões.

De maneira parcial, podemos concluir que a Medicina inicia seu movimento, no tocante à saúde Mental, tratando pessoas com deficiência como meros objetos de investigação científica, posto que, nem ela e nem a sociedade, até mesmo a Igreja, sabiam lidar com essas pessoas sem estranhamento. Com o passar do tempo e seus avanços científicos, nota-se que as ciências neurais, e somente elas, são capazes de fornecer elementos de base de compreensão do funcionamento da mente humana e a partir disso a visão médica da própria pessoa com deficiência passa a ser mais humana e menos objetificada. A consequência disso, é a percepção de que a pessoa com deficiência deve ter, de algum modo, seu papel social garantido e/ou restabelecido e não retirado ou ser tornado invisível. O centro da curiosidade, do estudo, das classificações, deve ser visto para além de uma raiz puramente biológica, já que os resultados desses avanços esbarram obrigatoriamente em outras áreas da vida dessas pessoas, não apenas enquanto funcionamento orgânico cerebral.

A Medicina revela-se como uma área que é movida pela curiosidade em descobrir, em um primeiro momento, o funcionamento sistemático da mente humana, da razão e seus desdobramentos corpóreos nas pessoas que apresentam transtornos mentais. Ao passo que, sob um ponto de vista social, o Direito é provocado por meio da busca, por meio da normatização, por tratamentos humanizados destinados a essas pessoas.

Nesse contexto, observa-se, portanto, que a Medicina, com a Psiquiatria, constrói o entendimento de saúde mental de uma pessoa a partir da conjugação de diferentes fatores, que transitam para além de uma concepção puramente biológica do funcionamento do cérebro humano. A Psicologia, por sua vez, segue

na mesma linha de atuação. No entanto, a questão biológica sintomática, no sentido de se perquirir a existência de doença, ainda é um ponto sensível, vejamos:

Embora um paciente sem sintomas ou queixas possa ser diagnosticado com diabetes, câncer ou hipertensão com base em exames de sangue, raios X ou sinais vitais, um paciente sem sintomas não pode ser diagnosticado com esquizofrenia, por exemplo, porque não há atualmente avaliações independentes, objetivas, reconhecidas. Os objetivos de médicos e de pesquisadores são reduzir o sofrimento humano aumentando nossa compreensão das doenças, desenvolver novos tratamentos para prevenir ou curar doenças e cuidar dos pacientes da melhor maneira possível. (SADOCK; SADOCK; RUIZ, 2017, p. 1).

Estabelecida a contextualização das ciências neurais e como estas construíram o que se entende por saúde mental, entra em cena a atuação do Direito. Ao longo do tempo, o Direito têm buscado formas de conferir roupagem jurídica aos tratamentos pelas quais as pessoas com deficiência vêm passando, desde os tribunais eclesiásticos até a convalidação de atos que justificassem internações manicomiais, conforme visto ao longo dessa seção.

No entanto, o entendimento acerca do que é a deficiência passa por alterações. Referidas alterações, por sua vez, causam reflexos no tratamento jurídico da questão, demandando, necessariamente, um estudo sobre o tema, conforme se observa a seguir.

2.1 Da compreensão de deficiência até a Carta de Nova Iorque

A compreensão do que é a deficiência se altera ao longo do tempo, conforme os avanços de estudos científicos sobre a temática acontecem. David Salim Santos Hosni (2018, p. 37), explica que a definição dogmática desse conceito é complexa e não desfruta de uma unanimidade, nem mesmo nos momentos atuais, já que os conceitos que buscam definir a deficiência comumente se aproximam de uma abordagem médica. Destaca o autor que “organizações não governamentais, durante muito tempo, evitaram adotar uma definição de deficiência, especialmente em razão da multiplicidade de conceitos propalados em diversos países, da prevalência de conceitos médicos e” pelo fato de haver distorções e falta de consenso ao se realizar traduções a respeito.

Nesse ponto, é importante destacar que um dos problemas em se

estabelecer um conceito fechado acerca da deficiência é que pode ocorrer a situação de universalização da sua compreensão. Assim, se a deficiência deve ser compreendida para além de um conceito puramente médico, uma dogmática universalista não parece ser a melhor alternativa, já que é a partir dessa dogmática que o Direito, dentro de um contexto social, estabelece políticas voltadas para a pessoa com deficiência.

No entanto, destaca David Santos Salim Hosni (2018, p. 37) que “por outro lado, outros setores, como o referente à concessão de políticas públicas, demandam conceitos e classificações claras e sem ambiguidades, que permitam verificar, a todo momento, quem são os beneficiários dessas políticas”. No caso da pessoa com deficiência, que ora se discute, por exemplo, até mesmo uma abordagem que parte do viés da Medicina e, aparentemente, descortina uma unanimidade organicista e biológica, é simples, já que, a depender do contexto, a deficiência pode ou não ser compreendida como tal.

Nesse sentido, observa-se que o tema da saúde mental “pela sua própria complexidade, reclama a adoção de políticas públicas intersetoriais protetivas da pessoa humana, de modo a promover e resguardar os direitos fundamentais das pessoas com transtornos mentais” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 275).

Ademais, conforme estudado anteriormente, durante o século XIX, a realidade de se institucionalizar e, portanto, promover o afastamento do corpo social e o conseqüente ocultamento de pessoas com deficiência, é a que prevalece nesse período. Essa segregação acontece, principalmente, em razão da compreensão da deficiência sob um viés médico, que a objetifica ao limitá-la a critérios apenas biológicos. Para agravar a situação, nesse período há o surgimento da teoria da eugenia, que acaba por contribuir para com um entendimento da deficiência como uma espécie de ameaça social (HOSNI, 2018).

A eugenia, é uma temática que remonta à antiguidade clássica, já que existem registros gregos de que havia, naquela época, o incentivo para que filhos considerados saudáveis fossem concebidos, enquanto aqueles que apresentavam imperfeições ou fragilidades constatadas ao nascer eram descartados. Já no século XIX, o termo eugenia é criado pelo antropólogo Francis Galton (1822 – 1911), que o define como o “estudo dos fatores físicos e mentais socialmente controláveis, que poderiam alterar para pior ou para melhor as qualidades racionais, visando o bem-estar da espécie” (MAI; ANGERAMI,

2006, p. 252). Assim:

No início do século XX, eugenia positiva implicava em ações para estimular a boa reprodução; eugenia negativa em ações para limitar a má reprodução. Por outro lado, no início do século XXI, eugenética negativa implica em ações para prevenir doenças genéticas; eugenética positiva especula sobre criar ou melhorar características físicas e mentais do futuro ser. São ações e objetivos no campo concreto da reprodução que, contudo, trazem consigo o peso das contradições inerentes às relações humanas. Essas contradições dizem respeito à discriminação e eliminação de muitas pessoas frente à configuração de um ideal de homem, a um movimento de biologização de fatores eminentemente sociais, à defesa de uma pretensa neutralidade científica e ao uso indiscriminado do direito de escolha reprodutiva. (MAI; ANGERAMI, 2006, p. 257).

A teoria da eugenia prega uma espécie de seleção natural dos seres humanos normais – aqui compreendidos como aqueles que não apresentavam deficiências – e acaba por objetificar a deficiência, que passa a ser vista como uma ameaça social, que segregava e culminava em tratamentos desumanos. Essa teoria defendia que a deficiência, de certo modo, estava ligada à genética, uma vez que, de pais sadios, não nascem filhos deficientes (MADALENO, 2013, p.113).

Portanto, pode-se afirmar que é no século XX que a segregação, realizada por meio da realização de agrupamento em um mesmo grupo social, de pessoas que apresentam “disfunções ou perdas estruturais físicas, sensoriais ou cognitivas surge”. É nessa época, entre o “século XIX e a primeira metade do século XX” que há o estabelecimento de um padrão de deficiência baseado na Medicina, “identificado como modelo médico de deficiência”, conforme já abordado (HOSNI, 2018, p. 38).

Com o passar do tempo, no entanto, esse cenário começa a sofrer alterações. A partir dos anos de 1950, a sociedade civil e as próprias pessoas com deficiência passam a se mobilizar para buscar visibilidade e inserção política e social. A partir dos anos 1960, a agenda política desse movimento é marcada pelo pleito de assistência e tratamento humanitário à pessoa com deficiência, para além de um trato puramente médico, já que essas pessoas são identificadas “como um grupo minoritário, vítima de discriminação em virtude de sua condição” (HOSNI, 2018, p. 38).

Entre 1960 e 1970, as políticas públicas destinadas às pessoas com deficiência assumem uma roupagem paternalista e assistencialista e, somente a partir da década de 70, com a formação de grupos identitários mais sólidos é

que as pessoas com deficiência passam a ter como meta a ocupação de um papel de protagonismo político, exigindo mais do que o puro assistencialismo, mas políticas que reúnam as condições necessárias para permitir o exercício de sua autonomia. Essa realidade de luta é influenciada por “uma crescente abordagem social da deficiência, ao mesmo tempo em que cria condições para que tal abordagem se desenvolva na prática e na teoria” (HOSNI, 2018, p. 38).

Portanto, atualmente, existem dois tipos de modelos que se entrelaçam, destinados a conceituar a deficiência: de um lado, o modelo médico, que se fundamenta na autoridade científica da Medicina e que relaciona a deficiência ao conceito de patologia, tornando-a objeto de intervenção médica, permitindo a inserção da pessoa com deficiência na sociedade e, de outro, o modelo social, que é fruto das atividades social e política, marcadas pelas reivindicações por autonomia, que propõem uma possibilidade de as pessoas com deficiência serem independentes para conduzirem suas próprias vidas e explica que a causa da deficiência seriam as limitações sociais, e não as disfunções em si (HOSNI, 2018).

O primeiro passo para a construção da ideia de modelo social de deficiência ocorre na Inglaterra, em 1975 com a *Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS), que, em 1976, publica os Princípios Fundamentais da Deficiência. Trata-se de um documento sem cunho normativo, mas que foi capaz de influenciar na luta pelo protagonismo social das pessoas com deficiência já que, a partir de sua publicação, houve o entendimento de que a deficiência também compreendia, para além de perdas estruturais e disfunções, as discriminações e limitações sociais pelas quais as pessoas desse grupo passavam, impedindo, desse modo, o seu livre desenvolvimento. Logo, “defendia-se que esses efeitos não eram decorrentes da condição de deficiência (*impairments*), mas eram sintomas de situações sociais que geravam a deficiência (*disability*), situações estas que eram suas verdadeiras causas (HOSNI, 2018). Assim, a deficiência:

É uma situação, causada por condições sociais, que requer para sua eliminação (a) que nenhum aspecto como pensões, mobilidade ou instituições, seja tratado de forma isolada, (b) que pessoas deficientes, com a ajuda das demais pessoas, assumam o controle de suas próprias vidas, e (c) que os profissionais e especialistas que procuram ajudar se comprometam com a promoção do controle pelas próprias

peças deficientes¹³. (UPIAS, 1976, p. 3).

Destaca David Santos Salim Hosni (2018, p. 41), que esse conceito recebeu inúmeras críticas, uma delas no sentido de que, ao se teorizar sobre a possibilidade de existência de uma sociedade ideal, conclui-se que a deficiência não existiria. No entanto, citando a filósofa Anita Silvers (2010, p. 19), Hosni destaca que “o modelo social, ao promover determinados padrões de independência para a comunidade de pessoas com deficiência, acaba por excluir aqueles que não conseguem, em qualquer situação, alcançar estes padrões”, a exemplo da pessoa com deficiência mental grave que, conseqüentemente, apresenta efeitos incapacitantes. Apesar das críticas, referido conceito foi importante para que a compreensão da deficiência para além de um viés puramente médico ganhasse contornos.

As críticas ao modelo social, portanto, demonstram que ele apresenta-se como um modelo inovador. Por um lado, traz uma visão mais humana da pessoa com deficiência, já que não ignora as disfunções e perdas orgânicas estruturais apontadas pela Medicina em seu modelo médico de deficiência. Porém, de outro, apresenta-se como incapaz de estabelecer um entendimento que abarque a deficiência de maneira global, compreendendo as situações sociais, médicas, assistenciais, promocionais e protetivas.

Diante da necessidade de uma classificação mais detalhada da deficiência, a Organização Mundial de Saúde (OMS), na década de 1980, lançou a *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicap* (ICIDH) – Classificação Internacional de Deficiência, Incapacidades e Desvantagens – na qual estabelecia que “as disfunções e perdas estruturais [...], as incapacidades ou deficiências [...] e as desvantagens são tratadas como conseqüências de doenças ou desordens, estabelecendo-se uma relação causal da doença até a desvantagem social”, sendo, portanto, um conceito que se amolda ao viés médico (HOSNI, 2018, p. 43).

Essa classificação também sofreu críticas por adotar o termo *desvantagem*, que não poderia ser aplicado de maneira universal e apresentava

¹³ Disability is a situation, cause by social conditions, which requires for its elimination, (a) that no one aspect such as incomes, mobility or institutions is treated in isolation, (b) that disabled people should, with the advice and help of others, assume control over their own lives, and (c) that professionals, experts and others who seek to help must be committed to promoting such control by disabled people.

a ideia de que a pessoa com deficiência é quem deveria buscar formas de se adaptar a eventuais expectativas sociais e não o contrário. Esse fato levou a Organização Mundial de Saúde a repensar seu modelo de classificação, o que gerou uma dedicação mais intensa aos estudos sobre pessoas com deficiência entre as décadas de 1980 e 1990. Como resultado, surge, em 1994, o documento *Standad Rules on the Equaliztion of Oportunities for Person with Disabilities* (Normas sobre a Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência), que buscou dar um tratamento mais adequado à influência que o contexto social exerce sobre a experiência da pessoa com deficiência. Já em 2001, é desenvolvida a *Internatinal Classification of Funtioning, Disability and Healt* (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF), que, por sua vez, buscou apresentar uma concepção ampla da deficiência, pautada na dinamicidade dos estados de saúde (perturbação ou doença; funções e estruturas do corpo; atividade em tarefas e ações e participação em situações da vida), fatores sociais (ambiente físico, social e atitudinal), estes considerados em suas variações sociais e culturais; e pessoais (elementos ligados à pessoa, como estilo de vida) (HOSNI, 2018).

Como é possível observar, a CIF é uma classificação que promove a interação entre o modelo médico e o modelo social de deficiência. Todo esse histórico em torno do conceito que foi desenvolvido até se chegar nesta classificação foi de extrema importância para se alcançar o que hoje é compreendido como deficiência, razão pela qual esse esforço temporal, com o fim de estabelecer um contexto, foi realizado.

A partir desse contexto histórico-social da situação de pessoas com deficiência e dessas classificações, a Organização das Nações Unidas, em momento posterior, pôde estabelecer parâmetros para desenvolver um conceito de deficiência em uma convenção realizada no ano de 2006, cuja temática da pessoa com deficiência foi seu eixo orientador. A *United Nations Convention on the Righths of Person Disabilities* (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), também, conforme ensina Iara Antunes de Souza (2018), conhecida como Carta de Nova Iorque, traçou diretrizes sobre promoção e proteção dessas pessoas, tornando-se um evento importante com desdobramentos significativos.

Citando Hanna Woodburn (2013, p. 86), David Santos Salim Hosni (2018, p. 51), explica que houve “a adoção de um modelo final mais próximo da

abordagem social, interpretada sob as lentes dos direitos humanos, com a valorização de aspectos fundamentais para uma vida boa, como liberdade, saúde e oportunidades; [...] modelo biopsicossocial”. Além disso, a Convenção contou com a participação de organizações não governamentais ligadas às pessoas com deficiência e a participação ativa da sociedade civil na construção e aprovação do seu texto final.

Nesse sentido, de acordo com a Carta de Nova Iorque, a deficiência ficou assim estabelecida:

Artigo 1

Propósito

[...] 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 igualdade de condições com as demais pessoas. (UNITED NATIONS, 2007).

No contexto brasileiro, por sua vez, a luta pela desocultação da pessoa com deficiência começa a tomar novos rumos a partir do advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, haja vista que é desde a Carta de Nova Iorque que o Direito Civil brasileiro passa por transformações em sua teoria das capacidades, ao adotar o modelo biopsicossocial de deficiência e seus desdobramentos. Desse modo, há a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme será visto nas seções a seguir.

No entanto, antes de adentrar no estudo sobre a teoria das capacidades civis brasileira, destaca-se que é possível observar, que o Direito, ao estabelecer normativas, impõe limitações na atuação de pessoas em uma sociedade, fazendo-se necessário entender o seu papel e as implicações que traz para o exercício da autonomia.

No presente caso, ao trazer para si as abordagens médicas acerca da saúde mental, para estabelecer critérios normativos de limitação de autonomia de pessoas com deficiência e ao buscar definir este conceito, percebe-se que há o estabelecimento de um paradigma que será capaz de exercer influência na vida das pessoas com deficiência: o da saúde mental.

Assim, a partir do estabelecimento do paradigma da saúde mental, questiona-se o papel do Direito e o impacto de suas normativas na atuação autônoma da pessoa humana na sociedade, conforme se estuda na seção a seguir.

2.2 O Direito e a limitação do exercício da autonomia

O Direito, é uma área do conhecimento que atua de maneira diferente das ciências neurais: aqui, o paciente é apenas compreendido como pessoa, ou sujeito de direitos, e o seu entendimento enquanto ser componente de uma organização social, ultrapassa a simples compreensão biológica de doença, tratamento e cura. Dentro da complexidade de uma sociedade, as pessoas se relacionam entre si, do ponto de vista jurídico, a partir da realização de atos da vida civil.

Sem adentrar em discussões sobre o conceito de Direito e suas diversas acepções, pode-se afirmar, conforme ensinam os juristas, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 3-4), que ele se apresenta como instrumento pacificador e disciplinador da vida em sociedade - que nomeia-se, juridicamente, de vida civil -, denotando a compreensão de adaptação social, marcada pelo reflexo das necessidades dessa sociedade. Desse modo, nota-se que a existência dos fenômenos jurídicos está associada com sua realidade fática.

De maneira geral, o Direito liga-se à ideia de liberdade, posto que suas normativas voltam-se à regulamentar a “livre atuação das pessoas na sociedade” (TEPEDINO; OLIVA, 2021, p. 245). Nesse sentido, diz-se que “é a norma que vige em determinada sociedade e que se impõe pela força da autoridade às pessoas que a constituem.[...] O espaço jurídico está compreendido na esfera da liberdade” (GOMES, 2019, p.3).

Dentro desse entendimento, ao lado da noção de liberdade, reside a noção de autonomia, assim definida por Mariana Alves Lara:

A palavra autonomia tem origem grega, formada pelo adjetivo *autos*, que significa si mesmo, e pela palavra *nomos*, que pode ser traduzida por lei. Ou seja, genérica e filosoficamente, autonomia seria criar normas para si mesmo, dar-se suas próprias leis, autodeterminar-se, fazer escolhas e se responsabilizar por elas. É poder escolher o que é vida boa para si e buscar sua realização. (LARA, 2020, p. 144).

No âmbito das relações privadas entre as pessoas humanas, e, portanto, reguladas pelo Direito Civil, a autonomia constitui-se como um símbolo de expressão de liberdade, apresentando-se como um princípio fundamental nesse

ramo do Direito. Isso porque a autonomia se insere tanto nas relações patrimoniais, regulando e legitimando os negócios contratuais entre as pessoas, quanto nas relações existenciais, observando a livre afirmação dos valores da personalidade humana (TEPEDINO; OLIVA, 2021). A personalidade, por sua vez, será melhor estudada na seção a seguir.

À medida que o Direito busca entender o que forma a compreensão da autonomia, dialogando com outras áreas do conhecimento, como é o caso da Medicina e da Psicologia; e busca promovê-la por meio de regramentos específicos, nota-se que ele se insere no ramo do Biodireito (SÁ; NAVES, 2021).

O Biodireito, por sua vez, conforme ensina Maria de Fátima Freire e Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2021, p. 7), “teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das ciências biológicas e da saúde”, e, portanto, as ciências neurais inclusive, e se configura como uma ordem normativa. Assim, possuindo um procedimento dogmático, estabelece um sistema de caráter prescritivo normativo, cujo conteúdo apresenta valores sociais.

Conforme apresentado na seção anterior, pode-se afirmar que a atuação das ciências neurais foi permeada de normativas biojurídicas ao longo da sua história de desenvolvimento de estudos científicos acerca da saúde mental. Ao longo do tempo, o Direito atuou conferindo o reconhecimento da autoridade do saber médico e somente dele, culminando em etapas da história que resultaram em interferências no exercício autônomo da capacidade de pessoas com deficiência, por exemplo, no “século dos manicômios”.

Com o passar do tempo e os avanços científicos, observa-se que o Direito, dentro do Direito Civil e do Biodireito, estabeleceram limites ao normatizar acerca da liberdade de atuação da pessoa com deficiência, impondo, no entanto, um caráter humanitário e limitador à maneira como essas pessoas são tratadas a partir dos postulados da Medicina. Agora, regula-se não a saúde mental em primeiro plano, colocando a pessoa como mero objeto da qual faz parte, mas sim, do contrário, as normativas buscam olhar a pessoa humana de maneira integral, normatizando os impactos que os elementos de saúde [ou a falta deles] exercem sobre um atuar autônomo na vida em sociedade.

Nesse sentido, no Biodireito, a autonomia privada é considerada um princípio, sendo essa a concessão de poderes de atuação à pessoa, cuja amplitude é definida pelo ordenamento jurídico, já que “ao Direito resta analisar

a manifestação concreta da vontade”, não sendo o seu objeto “perquirir sobre o conteúdo interno da consciência de cada ser” (SÁ; NAVES, 2021, p. 30).

A partir dessas explanações, é importante destacar que o presente estudo está inserido no ramo do Biodireito, já que a presente pesquisa, conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, questiona os critérios que o Direito Civil brasileiro elege, dentro da sua teoria das capacidades civis, para conferir medidas de limitação ao exercício autônomo da capacidade civil de pessoas com deficiência em razão da saúde mental. O Biodireito, é um ramo autônomo do Direito e “tem por objeto a própria vida”, lidando com situações em que esta tem como vetor de discussão a autonomia e a dignidade do ser humano, como é o presente caso (SÁ; NAVES, 2021, p. 11).

No mesmo sentido é o raciocínio desta pesquisa: a partir do estudo da teoria das capacidades civis brasileira, observar-se-á que o Direito Civil, ao estabelecer normativas que limitam o exercício autônomo da capacidade civil, busca nas ciências neurais, critérios, a partir do paradigma da saúde mental, para estabelecer normas jurídicas. No entanto, a vertente dessa pesquisa vale-se do Código Civil de maneira tangencial para a construção da discussão, tendo em vista que, apesar de encontrarmos nele a teoria das capacidades civis e, portanto, os critérios de determinação do exercício autônomo da capacidade, a discussão é ampla e interdisciplinar. Nesse sentido, conforme ensina Ricardo Luís Lorenzetti:

O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. [...] O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e subsistemas. O código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais (LOREZENTTI, 1998, p. 44-45).

É por esta razão que essas áreas fazem parte do recorte metodológico dessa pesquisa e, por essa razão também, que se afirma que a saúde mental é o paradigma ora discutido. O Direito, por meio de uma teoria das capacidades civis, estabelece os limites de atuação autônoma para os atos da vida civil, valendo-se de critérios que têm origem na loucura e na alienação mental que, por sua vez, conforme será oportunamente estudado, são conceitos flexíveis e que comportam uma série de comportamentos humanos que extrapolam a simples compreensão biológica do corpo.

Ao estabelecer critérios que culminam na limitação do exercício autônomo dos atos da vida civil, o Direito apenas normatiza entendimentos dogmáticos que não são efetivamente construídos por ele. Logo, aquilo que se torna uma norma e que é posto expressamente na lei, a exemplo do Código Civil, deve ter sua compreensão realizada de maneira adequada, de modo que seja possível levantar discussões sobre a finalidade e o caminho que o legislador perpetrou para se chegar nesse resultado normativo.

Como ao Direito é dada a função de normatizar a vida em sociedade, pode-se afirmar que o legislador não está equivocado em buscar estabelecer normativas a partir das construções teóricas de outras áreas do conhecimento. No entanto, há que se ter o cuidado para que, ao se estabelecer critérios de atuação autônoma de uma pessoa a partir disso, não se perpetue entendimentos discriminatórios com roupagem protetiva.

No caso das pessoas com deficiência que têm o exercício autônomo da capacidade limitado em razão da saúde mental, observa-se um movimento, ao longo do tempo, de construção de autoridade da área médica no entendimento das dimensões intelectuais da pessoa, culminando, conseqüentemente, no saber científico e racional da saúde mental por meio de diagnósticos.

Destaca Iara Antunes de Souza (2018), que a competência de cada uma das áreas do conhecimento deve estar bem delimitada e, paralelo a isso, a harmonização entre elas deve ocorrer. Nesse caso, portanto, salienta-se que a Medicina vai ocupar-se da questão biológica da pessoa humana, enquanto o Direito, a partir desses institutos médicos, é capaz de estabelecer seus próprios institutos, conceituando, por exemplo, a capacidade jurídica das pessoas, que será estudada na seção 2.4. Não se defende aqui, nesse sentido, uma submissão da ciência do Direito aos postulados da Medicina, mas uma harmonização entre as áreas do conhecimento em prol de algo maior: o atuar autônomo da pessoa humana.

Desse modo, tem-se que a pessoa humana é um dos conceitos centrais para se postular sobre autonomia e, conseqüentemente, sobre capacidade, sendo necessário estabelecer sua compreensão e seu papel no ciência jurídica, já que esta é pressuposto para a discussão acerca da capacidade, conforme se observa na seção seguinte.

2.3 Do conceito de pessoa humana ao estabelecimento da capacidade

A pessoa humana ou natural é o ente corpóreo existente na sociedade, que se apresenta como ator que exerce os papéis sociais nas relações entre seus pares.

Conforme ensina Mariana Alves Lara (2020, p. 31), “a pessoa é o ser que representa um ou vários papéis em sociedade”, configurando-se como um elemento de realidade. O ordenamento jurídico, por sua vez, nos dizeres de Brunello Stancioli (2010, p. 146-147), tem sua razão de ser e o seu fim nesse elemento, posto que é o ser humano, enquanto pessoa, que cria, interpreta e aplica o Direito, sendo “agente e responsável pelo desenvolvimento do Direito e dos direitos”.

Vale destacar, que o conceito mais difundido de pessoa remonta aos tempos das tragédias e comédias gregas, em que o termo *persona* designava as máscaras que eram utilizadas para realizar representações teatrais, justificando a noção de papel social anteriormente posta (BOÉCIO, 2005, p. 165).

Partindo desse entendimento jurídico e filosófico da pessoa, e partindo para as ciências neurais que também realizam seu estudo sob outra ótica, tem-se que a Medicina, trabalha com o entendimento da pessoa relacionado com a ideia de organismo vivo. Referido organismo, por sua vez, é repleto de estruturas e funções que apresentam níveis de organização estrutural e sistemas complexos compreendidos em nível químico, celular, tecidual, orgânico, sistêmico e organísmico, de modo que “todas as partes do corpo humano, que constituem a pessoa humana, funcionando em conjunto, constituem o organismo total” (TORTORA; DERRICKSON, 2016, p. 27-29).

Logo, a partir desse referencial, nota-se que, nessa área, há apenas uma visão biológica da pessoa humana. No entanto, esse viés, conforme demonstrado, fornece bases de compreensão para o Direito na construção de suas normativas relacionadas à pessoa humana.

Para além do corpo humano, Andrés Eduardo Aguirre Antúnez e André Luiz de Oliveira (2017), ensinam que a Psicologia, enquanto ciência neural, compreende a pessoa humana enquanto objeto central de seus estudos, voltando sua atenção para a psique e apresentando variadas camadas e

diferentes perspectivas de compreensão do ser humano em sua dimensão¹⁴ corpórea, anímica ou psíquica e espiritual. A partir da interação e junção dessas dimensões, a pessoa humana cria sua subjetividade, sua característica genuína no mundo de forma irrepetível e desenvolve suas interações. Essa subjetividade é objeto de estudo das ciências neurais e refletem na maneira como o Direito dita suas normas, exercendo, portanto, uma contribuição.

A essas interações anteriormente mencionadas, por fim, cumpre destacar, que o Direito vai chamá-las de atos da vida civil e sobre eles estabelecerá critérios de regulamentação como, por exemplo, quem pode ou não exercê-los com alguma limitação ou de maneira plena. Nesse sentido:

O ser humano é livre porque é capaz de mergulhar no mundo e na sua interioridade, transcendendo a si mesmo, e porque é capaz de tomar decisões de acordo com sua vontade. Porém, tal liberdade não é infinita e sem fronteiras, esbarra nas essências que são próprias do ser humano, ou seja, existem limitações espaço-temporais e existenciais que bloqueiam as ações dessa liberdade. No entanto, pelo fato de o humano poder adentrar em sua interioridade, transcender a si mesmo e projetar o futuro, ele é responsável por seus atos. (OLIVEIRA; ANTÚNEZ, 2017, p. 138).

Portanto, há a percepção de que a pessoa humana possui a sua vivência em sociedade regulada pelo Direito. Essa regulação, por sua vez, é estabelecida a partir de noções do que vem a ser considerado pessoa humana, noções que, conforme demonstrado, são fornecidas por outras áreas do conhecimento.

O Direito vai se interessar pelo elemento “pessoa humana” desde o momento em que ela tem sua existência concebida, resguardando-lhe direitos do nascituro. Além disso, promove sua entrada definitiva no sistema jurídico quando do seu nascimento com vida, normatizando, no Código Civil, a personalidade e a capacidade¹⁵.

O jurista Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1954, p. 153), afirma que “ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito”. Ou seja, ser pessoa é fato jurídico¹⁶, uma vez que, com o nascimento, o ser humano entra no mundo

¹⁴ Para aprofundamento, vale mencionar os estudos da filósofa Edith Theresa Hedwig Stein, sobre a fenomenologia da compreensão das dimensões humanas: Stein, E. (2003). Estructura de la persona humana. In: obras completas IV. Escritos antropológicos y pedagógicos. (F. J. Sancho, e cols., J. Urkiza, revisão. Madrid: Editorial Monte Carmelo. (originais de 1932-33).

¹⁵ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (BRASIL, 2002).

¹⁶ De acordo com Flávio Tartuce (2022, p. 429), “é interessante conhecer o conceito de fato, que significa qualquer ocorrência que interessa ou não ao direito, ao âmbito jurídico. Dentro desse

jurídico, mas como pessoa, isto é, aquele que pode ser sujeito de direito.

Para Mariana Alves Lara (2020), a noção de ser pessoa se relaciona com o entendimento de que se trata de um fato jurídico que é estabelecido após o nascimento com vida, momento em que se firma a entrada da pessoa humana no mundo jurídico. Uma vez no mundo jurídico, a noção de pessoa se liga à ideia de que essa pode ser um sujeito de direito com o assentamento da personalidade.

É importante destacar que, conforme pautado em momento anterior, a presente pesquisa busca ter o cuidado de se ater ao entendimento cristalino e ao destino usual adequado da dogmática de determinados termos, de modo que, em atenção a essa didática, filia-se ao uso do termo “pessoa de direito” (LISBÔA; SOUZA, 2019, p. 108), em detrimento de “sujeito de direito”. Referido entendimento se relaciona com a noção de autonomia e expõe um dos eixos orientadores deste trabalho: o combate à histórica condição de ocultamento e limitação de autonomia de determinados grupos, como é o caso das pessoas com deficiência.

A partir da noção do que é pessoa (auxiliada pela Medicina), o Direito designa a maneira como a sua existência no mundo jurídico será estabelecida. Desse modo, sem adentrar nas discussões acerca do início da vida, tem-se que à pessoa humana que nasce com vida é conferida a personalidade. A personalidade, por sua vez, permite à pessoa ser suscetível a ter direitos e deveres dentro dessa ordem jurídica. Assim, conforme destaca Mariana Alves Lara (2020, p. 33) “a personalidade é, portanto, a qualidade de ser pessoa”. Sendo assim, a personalidade jurídica será conferida tanto à pessoa humana (também nomeada de pessoa física), quanto à pessoa não humana, que recebe a alcunha de pessoa jurídica. Dotadas de personalidade jurídica, referidas pessoas podem atuar no mundo jurídico.

Dentro dessa ideia de qualidade de ser pessoa, destaca-se que o atributo da personalidade não é exclusivo da pessoa humana. Para além dessa, o Código Civil, em seus artigos 40 a 44¹⁷, apresenta as pessoas jurídicas, classificando-

mundo dos fatos, surgem os fatos não jurídicos, que não nos interessam como objeto de estudo, e os fatos jurídicos; qualquer ocorrência com repercussão para o direito, ou seja, fatos com repercussões jurídicas”.

¹⁷ Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

as como sendo de direito público ou privado. Trata-se de uma criação de uma espécie de pessoa que não é humana, cujo objetivo é potencializar recursos para a vivência humana e possui personalidade jurídica distinta desta prevista no Código Civil em seu artigo 52¹⁸. Logo, por possuir personalidade, também ostenta a possibilidade de ser pessoa [humana ou não] de direitos e deveres na ordem civil (LARA, 2020). Nesse sentido:

[...] em uma perspectiva jurídica, ser pessoa não é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito, mas é também ter a possibilidade de se tornar sujeito de direito. O conceito de pessoa não é uma exclusividade da Ciência do Direito e não é desta única e exclusivamente proveniente, mas, ao contrário, é um conceito realizável também pelo Direito, na medida em que exprime tanto as coordenadas de uma personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico, quanto as coordenadas operacionais de uma personalidade jurídica que se move enquanto referencial de imputação normativa, neste aspecto, sujeito de direitos e deveres. (MOUREIRA, 2011, p. 208-209).

Diante disso, observa-se que o conceito de pessoa humana é multidisciplinar. Além disso, “nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos” (COELHO, 2012).

Sendo assim, ao ser humano que nasce com vida¹⁹, o Direito estabelecerá

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (BRASIL, 2002).

¹⁸ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade. (BRASIL, 2002).

¹⁹ Acerca da personalidade, pode-se abrir a discussão sobre sua existência antes e depois do nascimento de uma pessoa. Nesse contexto, considerando-se que os debates sobre o que é vida

a personalidade, que se configura como a aptidão genérica que essa pessoa tem para adquirir direitos e obrigações na ordem civil e que vai estar “presente desde o início até o fim de sua existência” (LISBOA, 2010, p. 251). Vale mencionar que essa qualidade atribuída pelo Direito não vislumbra hipóteses de perda em vida, sendo garantida a partir do evento “nascimento” e encerrada com a morte da pessoa natural (LARA, 2020, p. 34). Logo:

Em Direito, define-se personalidade com grande precisão, nestes termos: aptidão para ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito (de direitos e obrigações) é ser pessoa. Pessoa e sujeito, no plano jurídico são conceitos equivalentes. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa: seja, personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa. E isto é exato. (MORAES, 2000, p.189).

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2016), a personalidade pode ser vista como uma conquista da civilização jurídica. É reconhecida igualmente pelo Direito a toda pessoa, inclusive, aos entes morais, como as sociedades, associações e fundações, tendo em vista que é o sujeito das relações jurídicas. No entanto:

Nem sempre, porém, isto aconteceu. No Direito Romano, o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, não de seu sujeito. No direito brasileiro, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre [...]. Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade. (PEREIRA, 2016, p. 181).

A personalidade não exige qualquer outro requisito a ser preenchido além do nascimento com vida, logo, qualquer tipo de deficiência ou qualidade psíquica

são complexos, não unânimes e carecem de um estudo à parte, não se farão maiores aprofundamentos. No entanto, vale destacar, a título exemplificativo, a situação dos embriões criopreservados. De acordo com Carlos Alexandre Moraes e Mylene Manfrinato dos Reis Amaro (2019, p. 35), a prática de congelar embriões é permitida e realizada no Brasil, além disso, o Código Civil garante ao nascituro – potencial pessoa humana que ainda não nasceu com vida - a proteção dos seus direitos. A vida, nesse caso, é entendida em sentido amplo, protegida desde o momento da concepção, condicionando direitos da personalidade. “Dessa forma, o embrião possui personalidade formal e recebe proteção constitucional ao direito à vida. Por outro lado, destaca Silvio Romero Beltrão (2015, p. 4), que a personalidade também é protegida após a morte. No entanto, “apesar da proteção *post-mortem* dos bens da personalidade, deve-se deixar bem claro que a personalidade da pessoa se extingue com a morte, e que não é possível determinar uma extensão da personalidade para além da morte. O bem jurídico tutelado não é a pessoa do morto, mas sim aspectos de sua personalidade, ou seja, os bens da personalidade vistos de forma autônoma, em face de sua memória, a qual merece respeito e proteção”. Ademais, o mesmo raciocínio cabe à pessoa jurídica, na medida em que, dentro do que couber, seus direitos de personalidade também serão preservados.

de uma pessoa também não são impeditivos para que se adquira a personalidade, já que seu reconhecimento não necessita de consciência ou vontade (PEREIRA, 2016).

É muito importante fazer essa ponderação ao se considerar que, conforme será visto em momento oportuno, discernimento e vontade serão adotados pelo Direito Civil brasileiro como critérios de aferição e limitação da autonomia de determinadas pessoas, culminando na consequência do impedimento de realização de atos da vida civil por meio da incapacidade.

Voltando nosso olhar para a pessoa humana, tem-se que, a partir da ideia adotada sobre a personalidade, em que o ordenamento jurídico confere à pessoa humana uma aptidão genérica para adquirir direitos e deveres na ordem civil, é estabelecida, nesse contexto, a capacidade civil, ou melhor, a capacidade para estes que são chamados de atos da vida civil.

Logo, nota-se que para o exercício da autonomia pela pessoa humana, cabe ao direito buscar bases de construção do que vem a pessoa, para, desse modo, estabelecer sua personalidade e assim trabalhar maneiras de se reconhecer a capacidade. Isso porque o exercício da capacidade, dentro de um sistema jurídico, necessariamente está ligado à ideia autonomia.

Por fim, não é demais destacar, que questionar o paradigma da saúde mental como vetor de embasamento para a construção de normativas jurídicas perpassa a simples seara Direito *versus* Medicina. Conforme leciona Manuel Desviat (1999, p. 160), é, no mínimo, irônico que a questão do cuidado às pessoas com deficiência mental se iniciem pelos estudos médicos, perpassem pelo direito e culminem na conclusão de que há uma necessidade de consciência social que veja essas pessoas como seres humanos. Logo, “trata-se, também, lamentavelmente, de uma questão política e de escolha de prioridades”.

A discussão em torno do tratamento jurídico destinado à pessoa com deficiência em razão da sua saúde mental, deve perpassar por fatores e barreiras que influenciam a sua vivência e inclusão social. Desse modo, a saúde mental é um paradigma ideal, desde que observe, também, os outros fatores que compõe os elementos saúde do termo e gerem, de fato, um completo estado de bem-estar também físico e social.

Nos dias atuais, por exemplo, tratar a saúde mental de pessoas com deficiência pela Medicina exige uma observância de normas perpetradas pelo Direito, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser

observado em toda sua amplitude ao se questionar as consequências de saúde, fáticas, jurídicas e sociais das limitações da autonomia e plenitude de discernimento.

Nesse sentido, ao realizar essa normatização acerca da capacidade, o Direito Civil brasileiro optou pela eleição de critérios de limitação da autonomia de pessoas com deficiência por meio de uma teoria das capacidades civis. Essa teoria, como será demonstrado, valeu-se do paradigma da saúde mental, já estudado nas seções anteriores, para eleger referidos critérios. Diante disso, finalmente, a teoria das capacidades civis inaugura o modelo brasileiro de capacidade, conforme será visto adiante.

2.4 O modelo brasileiro de capacidade

Conforme visto na seção anterior, a personalidade atribui à pessoa a qualidade de ser pessoa de direito, ou seja, de atuar exercendo esses direitos no mundo jurídico. A essa possibilidade de atuação no mundo jurídico dada à pessoa, denomina-se capacidade jurídica ou capacidade civil.

Dentro do Direito Civil brasileiro a capacidade assume algumas roupagens e comporta gradações. Nesse sentido, busca o presente capítulo esclarecer o que é a capacidade jurídica e como ela é construída dentro da teoria das capacidades civis. Além disso, verifica-se como referidas dogmáticas influenciam no limite do exercício autônomo de atos da vida civil de pessoas com deficiência em razão da saúde mental.

Desse modo, ensina Aline Albuquerque (2021), que a “capacidade jurídica” refere-se a uma acepção mais ampla do termo, ultrapassando a noção dogmática do termo “capacidade civil” que é adotado no Direito Civil brasileiro. Essa pontuação é importante de ser feita porque a capacidade jurídica é um termo construído sob a ótica dos direitos humanos e possui natureza interdisciplinar. Essa natureza, no entanto, será analisada no último capítulo deste trabalho, quando se realizará a análise do seu desdobramento na existência da capacidade mental e na possibilidade, a partir disso, de adoção do critério da competência, numa nova epistemologia da teoria das capacidades civis.

A capacidade jurídica de uma pessoa fornece subsídios para que se compreenda o exercício da sua autonomia. Logo, trata-se de um conceito de

importante relevância, pois busca abarcar as decisões autônomas das pessoas em todas as esferas da sua vida pessoal. Assim, “a capacidade jurídica implica escolher onde e com quem se deseja viver, e, o mais importante, ter suas escolhas respeitadas” (ALBUQUERQUE, 2021, p. 49), reconhecendo uma pessoa como capaz de ser titular de direitos.

A capacidade civil, que é desenvolvida no âmbito do Direito Civil, por sua vez, é a adotada pelo modelo jurídico brasileiro de capacidade no seu sistema de incapacidades. Referido sistema se originou a partir da teoria das capacidades civis brasileira e estabelece critérios de limitação ao exercício autônomo de atos da vida civil por pessoas com deficiência. Dentre outros critérios, que não serão abordados por não fazerem parte do objeto deste estudo, há aqueles que adotam o paradigma da plenitude da saúde mental.

Desse modo, faz-se necessário compreender como foi construída a dogmática da capacidade civil no Direito Civil brasileiro e, conseqüentemente, como se originou a sua teoria das capacidades civis.

Assim, explorar o caminho que as codificações civis brasileiras trilharam para estabelecer os critérios de aferição da autonomia para o exercício da capacidade se apresenta como um dos pilares importantes desta pesquisa, tendo em vista que, foi a partir da codificação posta, que o Direito civil brasileiro passou a, de fato, normatizar limitações para o exercício autônomo de atos da vida civil.

Em um recorte temporal, tem-se que a codificação brasileira em muito se baseou na codificação portuguesa. Mesmo após a Proclamação da Independência do Brasil, em seu artigo primeiro²⁰, a “lei de 23 de outubro de 1823, mandou que continuassem em vigor as Ordenações e demais legislações portuguesas, pela necessidade de se manter a ordem jurídica” (PEREIRA, 2015, p. 69).

Ocorre que referidas legislações, com o passar do tempo, não se mostravam amoldadas à realidade do país, sendo alvo de sucessivas alterações

²⁰ Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas (BRASIL, 1823, texto original).

por legislações extravagantes, despertando um interesse em se produzir um sistema codificado próprio, “que atendesse às necessidades brasileiras”. Com a promulgação da Constituição de 1824, a primeira do país, outorgada pelo então imperador, Dom Pedro I, houve a previsão, em seu artigo 179²¹, nº 18, que fosse organizado um Código Civil e Criminal para a nova nação (PEREIRA, 2015, p. 69).

Uma das figuras de maior destaque na história da codificação civil brasileira foi a do jurista Augusto Teixeira de Freitas. Conforme ensina Felipe Quintella (2018), ainda que não tenha sido autor efetivo de um eventual Código Civil, Teixeira de Freitas foi o precursor e vanguardista daquilo que o Direito Civil brasileiro passaria a adotar como a teoria das capacidades civis, influenciado, em grande medida, pelas propostas pensadas por esse jurista no tocante ao critério de limitação da autonomia para o exercício da capacidade.

Desse modo, tem-se que, no processo de construção da codificação civil pátria, surge o sistema de incapacidades, com a proposição por Augusto Teixeira de Freitas da teoria das incapacidades, com conceitos e sistematizações técnicas. Teixeira de Freitas, a pedido do governo imperial, desenvolveu, em um primeiro momento, a Consolidação das Leis Civis brasileiras, em 1858, na qual realiza um estudo detalhado, comparativo, ordenado e justificado sobre toda a temática da legislação vigente, e, em um segundo momento, o Esboço do Código Civil, por volta de 1860 (CARVALHO, 2018, p. 20).

A produção da primeira obra é o diferencial, na escolha de Teixeira de Freitas, para a execução da segunda, que poderia se tornar o tão esperado Código Civil brasileiro. Apesar do mérito do Esboço do Código Civil, ele não foi aproveitado no Brasil. Contudo, as ideias de Freitas perpetuaram-se ao longo da história da codificação civil nacional (FREITAS, 2003, p. 8). Além disso, como salienta Caio Mario da Silva Pereira (2015, p. 68), “desse Esboço, muito se serviu a Argentina na feitura de seu Código Civil, em razão da influência que a obra genial de Teixeira de Freitas exerceu no grande jurista Velez Sarsfield, autor do projeto de Código da nação irmã”. Nesse sentido:

²¹ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824).

O Código Civil argentino é de 1869 e foi elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield, professor da Universidade de Córdoba, que já havia elaborado o Código Comercial em 1859. Sarsfield levou em consideração não só o Code Civil, mas também algumas leis espanholas, o Código chileno, fontes doutrinárias alemãs e o esboço de Código Civil do brasileiro Teixeira de Freitas. (NETO, 2013, p. 80).

Em seu Esboço do Código Civil, Teixeira de Freitas explicou, no artigo 23²², que os incapazes de direito seriam “aquelas pessoas a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos” (FREITAS, 1952, p. 27), enquanto as pessoas incapazes de fato, previstas no artigo 24, eram definidas como “aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral²³ de obrar²⁴, ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer atos da vida civil” (FREITAS, 1952, p. 27-28).

É importante destacar que Teixeira de Freitas fez um trabalho profundo, pois, ao construir o conteúdo de cada artigo, teceu comentários sobre os elementos que eram apresentados, de modo a repelir quaisquer dúvidas acerca da sua fundamentação. Nesse sentido, sobre a capacidade de fato, comenta Teixeira de Freitas que:

Capacidade de fato: - capacidade de obrar – na expressão de Savigny, o que é o mesmo. Esta capacidade de obrar é designada pelos escritores franceses com as palavras – exercício de direitos, - por contraposição ao chamado – gozo de direitos civis – do Cód. Nap. [...]. Distingue-se em Direito Francês por esta forma a capacidade de direito em geral, quero dizer, a personalidade, da capacidade de fato; e, como, sendo assim, estas capacidades já são direitos civis, não há expressão para designar os direitos adquiridos. [...]. Ora, é certo que o exercício dos direitos civis (Direitos adquiridos) é uma série de atos; porém há outros atos por onde se adquirem direitos civis, atos que não são o exercício destes direitos. E em última análise, ainda que algumas

²² Art. 23. Aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são incapazes de direitos, isto é, dêsses direitos, e dêsses atos proibidos. (FREITAS, 1952, p. 27).

²³ Sobre a questão moral, Teixeira de Freitas (1952, p. 20) explica que o conceito está inserido dentro da noção de existência ideal de uma pessoa, correspondendo “à usual do mundo moral por oposição ao mundo físico”. Assim, pode-se compreender que a incapacidade moral, nesse caso, configura-se como a capacidade de fato que é limitada em hipóteses normativas que se relacionam com a saúde mental, já que a ideia ultrapassa a questão apenas intelectual. De acordo com Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013, p. 163), essa noção se relaciona com a ideia de discernimento e faculdades mentais.

²⁴ Felipe Quintella Machado de Carvalho (2018, p. 21) explica que o termo *obrar*, no contexto do Esboço de Teixeira de Freitas, deve ser compreendido como um *agir* do indivíduo. Teixeira de Freitas (1952, p. 28), por sua vez, em nota sobre o artigo, explica que “neste Art. Indica-se a incapacidade de fato em geral, e todas as suas manifestações, naturais ou acidentais, permanentes ou passageiras, notórias ou dependentes de prova; e as causas de todas estas incapacidades são: 1º impossibilidade física de obrar; 2º impossibilidade moral de obrar; 3º impossibilidade de obrar por motivo de dependência. O Código neste assunto não proíbe a priori, reconhece apenas a impossibilidade de obrar para protegê-la e regulá-la, e por isso proíbe”.

vêzes o ato seja o exercício de um direito, ou o exercício do direito com o direito. (FREITAS, 1952, p. 26).

Segue o Esboço, nos artigos 40²⁵, 41²⁶ e 42²⁷, esclarecendo o que são incapacidades de fato absoluta e relativa – e quais são as pessoas assim declaradas –, definindo esta como a que permite que o indivíduo pratique pessoalmente determinados atos, e aquela como a que impede o indivíduo de praticar pessoalmente qualquer ato da vida civil (CARVALHO, 2018).

Portanto, observa-se que Teixeira de Freitas utilizou-se, em um primeiro momento, da abrangência da incapacidade, de modo que o critério da manifestação da vontade era utilizado em determinadas situações em que essa manifestação se mostrava impossível, como no caso de pessoas ao nascer, surdos-mudos²⁸ e ausentes; e, em outras situações, pairava o critério do discernimento, pautando-se na sua total ou parcial ausência, como era o caso de menores impúberes²⁹, alienados declarados tais em juízo³⁰ e menores adultos³¹. Pode-se ainda, citar a existência do critério da dependência da pessoa

²⁵ Art. 40. As pessoas de existência visível são capazes, ou incapazes. Reputar-se-ão capazes todos os que neste Código não são expressamente declarados incapazes. (FREITAS, 1952, p. 41).

²⁶ Art. 41. A incapacidade é absoluta, ou relativa. São absolutamente incapazes:

1.º As pessoas por nascer.

2.º Os menores impúberes.

3.º Os alienados declarados por tais em juízo.

4.º Os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito.

5.º Os ausentes declarados por tais em juízo. (FREITAS, 1952, p. 42-43).

²⁷ Art. 42. São também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer:

1.º Os menores adultos.

2.º As mulheres casadas.

3.º Os comerciantes falidos declarados por tais em juízo.

4.º Os religiosos professos. (FREITAS, 1952, p. 46).

²⁸ Conforme ensina, Vitor Almeida (2021, p. 49), “é inapropriada, nos dias atuais, a utilização do termo ‘surdo-mudo’. A mudez, em regra, não se relaciona com a surdez. Em geral, com raras exceções, a pessoa que não ouve também não fala, porque é impossível reproduzir sons que ela não conhece, embora o aparelho fonador do surdo seja exatamente igual ao dos ouvintes. Além disso, é comum se referir a todo surdo como, deficiente auditivo, porém nem todo deficiente auditivo é surdo. Na medicina, é chamado surdo aquele que é diagnosticado com uma surdez profunda. Já o deficiente auditivo é a pessoa que possui surdez leve ou moderada, muitas vezes podendo ser corrigida por aparelhos.”

²⁹ Teixeira de Freitas explica que os menores impúberes “são incapazes até certa idade com impossibilidade física e moral de obrar, e depois só por impossibilidade moral” (FREITAS, 1952, p. 45). Pode-se afirmar que hoje essa ideia está ligada, de fato, ao critério etário, já que se trata de quem, em razão da idade, não possui a capacidade jurídica plena para os atos da vida civil.

³⁰ No tocante aos alienados, Teixeira de Freitas (1952, p. 46) se refere aos “incapazes por impossibilidade moral de obrar, e também pela dependência em que vêm a ficar de uma representação necessária. Os alienados não declarados por tais em juízo são também incapazes, mas só por impossibilidade moral de obrar”.

³¹ Em relação aos menores adultos, trata-se de “incapazes só por impossibilidade moral de obrar, não só em relação a alguns atos que não podem praticar, como em relação ao modo de praticar.

para com outra, como no caso de mulheres casadas, com relação aos maridos; comerciantes falidos, com relação às massas falidas; religiosos professos, com relação às Ordens a que se vinculam, no entanto, tendo em vista que esse não foi um critério adotado pelo Direito Civil brasileiro, ao longo de sua história, não será realizado aprofundamento a seu respeito (CARVALHO, 2018).

Como se observa, a partir das hipóteses pensadas, a concretude da possibilidade de exercício autônomo e discernido de ação dentro de uma sociedade juridicamente organizada, foi uma das principais preocupações da teoria das capacidades pensada por Teixeira de Freitas. Logo, desde seu nascedouro, o jurista já prescrevia possibilidades em que pessoas com deficiência, inclusive, em razão da saúde mental, a exemplo dos alienados, deveriam ter o exercício autônomo dos atos da vida civil, em alguma medida, limitados. Chama a atenção, portanto, a preocupação para com a idoneidade das faculdades mentais de determinadas pessoas.

Tem-se que Teixeira de Freitas confecciona o Esboço do Código Civil por volta de 1860, época em que, conforme explorado no título anterior, a Medicina já apresentava avanços consolidados sobre saúde mental, posto que já se falava sobre as gradações de transtorno mental, bem como existiam sistemas de catalogação de doenças mentais.

Destaca, Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013, p. 135), que “a noção de incapacidade de fato de Freitas foi o elemento da sua teoria das capacidades que sobreviveu mais intacto e que, até hoje, mantém-se como um dos principais pontos da disciplina das pessoas no Direito brasileiro”. É por essa razão que quando se tratar da limitação da autonomia para o exercício da capacidade civil por pessoas com deficiência em razão da saúde mental, nessa pesquisa, estar-se-á se referindo à capacidade de fato.

Tanto na Consolidação das Leis Civis (2003), quanto no Esboço (1952), Teixeira de Freitas apresenta que o reconhecimento da “impossibilidade de obrar” de uma pessoa, o que culmina na incapacidade de fato, ocorre apenas com o intuito de “protegê-la e regulá-la”, sendo a representação dos assim identificados uma consequência desse reconhecimento.

Logo, pode-se observar, desse modo, que há, também, desde os

Êles podem fazer testamento, êles podem comprar e vender assistidos por seus tutôres (eis o modo). Êles não podem doar, ainda mesmo com assistência de seus tutores” (FREITAS, 1952, p. 47).

primórdios, a ideia de proteção das pessoas com deficiência, justificada numa noção de que se apresentam como vulneráveis dentro do sistema jurídico, o que justifica a imperiosidade de normatização acerca do exercício autônomo dos atos de sua vida civil.

Sobre a vulnerabilidade, vale destacar, há que se ter que a sua compreensão não deve se firmar numa perspectiva negativa, mas deve ser trabalhada em suas múltiplas dimensões e multiespécies, capazes de promover o reconhecimento de novos direitos e potencializar mecanismos de proteção e promoção de pessoas a partir da consideração de subjetividades (SOUZA; NOGUEIRA, 2019).

Apesar de todos os esforços, o Esboço de Teixeira de Freitas, por razões políticas, não chegou a ser finalizado. Ainda assim, posteriormente, o autor publicou 4.908 artigos do referido documento. Os planos de se produzir um Código Civil brasileiro só prosseguiram por volta de 1872, com a contratação do jurista Nabuco de Araújo, para o projeto que seguia a linha de raciocínio de Teixeira de Freitas e apresentava um esquema de incapacidades mais sintético. No entanto, o jurista faleceu antes da sua conclusão (CARVALHO, 2018, p. 23).

Desse modo, um terceiro projeto, que não distinguia a incapacidade de fato absoluta da relativa, foi elaborado por Joaquim Felício dos Santos, em 1882, seguindo a mesma linha de raciocínio de Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo, e um quarto projeto, já na República, em 1890, de autoria de Coelho Rodrigues, também no mesmo sentido, foi desenvolvido. Ambos, porém, também não obtiveram êxito (CARVALHO, 2018, p. 24-25).

Somente em 1899, houve a contratação de Clóvis Beviláqua para desenvolver um novo projeto de Código Civil, que acabou se transformando, em 1º de janeiro de 1916, no primeiro Código Civil brasileiro, colocando-se, assim, um ponto final na utilização das leis e decretos portugueses, por parte do Brasil, desde a independência do país (ROBERTO, 2008, p. 49).

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o Direito Civil brasileiro chancela a sua teoria das capacidades e passa a estabelecer os critérios de limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato.

Para compreender a teoria das capacidades civis brasileira é preciso considerar que ela foi pensada a partir da questão da existência humana. O Direito, conforme demonstrado, é capaz de promover a organização jurídica de uma sociedade, sendo pensado e mantido por pessoas humanas.

A partir dessa organização, o Direito Civil se estabelece como um ramo do Direito, ocupando-se em regulamentar a maneira como as pessoas – sejam elas físicas ou jurídicas - poderão realizar seus atos. Nesse contexto, a teoria das capacidades civis, voltando-se apenas para o elemento pessoa humana, surge como instrumento regulamentador da autonomia para a realização desses atos dentro do ordenamento jurídico. No entanto, o Direito vai se preocupar, dentro dessa teoria, com a ideia de pessoa nas suas mais diversas variáveis, prescrevendo normas capazes de alcançar a sua existência enquanto esta ainda é vista como potencial possibilidade.

A capacidade se apresenta no Direito Civil brasileiro, a partir da adoção de duas espécies que a configuram como absoluta ou relativa. Dentro disso, diferentes critérios de avaliação são postos, dentre eles o etário, a prodigalidade e os que se relacionam com o paradigma da saúde mental, únicos que interessam a esta pesquisa e que serão aprofundados adiante. Assim, pode-se afirmar que a capacidade se configura “como uma espécie de medida jurídica da personalidade – que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 271).

Desse modo, tem-se que a capacidade jurídica exprime a compreensão de que uma pessoa possui aptidão para realizar atos da vida civil, em suas variadas relações jurídicas, tanto existenciais quanto patrimoniais, de maneira autônoma e pessoal (FARIAS; ROSENVALD, 2015). De outro modo, porém, caso esse exercício não possa ser realizado de maneira autônoma plena, partindo-se da ideia de capacidade e comprovando-se, juridicamente, a incapacidade, o ordenamento jurídico, em tese, oferece medidas de apoio. Referidas medidas serão oportunamente trabalhadas.

A capacidade jurídica, conforme previsto no Código Civil de 2002, se divide em *capacidade de direito* e *capacidade de fato*, de modo que, “podemos dar à primeira uma designação mais precisa, dizendo-se *capacidade de aquisição*, e à segunda *capacidade de ação*” (PEREIRA, 2016, p. 221, grifos originais). A capacidade de direito, também reconhecida como capacidade de gozo ou aquisição, é “reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica”, já a capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício, “é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 271). Para Ricardo Rabinovich-Berkman (2013) citado por Cristiano Chaves de Farias e

Nelson Rosenvald (2015, p. 271), poderia se falar ainda em “capacidade de titularizar direito e capacidade de exercer direitos”. Assim:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com esse sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição. A privação total da capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos. (PEREIRA, 2016, p. 221).

Tendo em vista que a capacidade de direito é conferida a todos de maneira indistinta, a capacidade de fato, por sua vez, será estabelecida a partir de determinados critérios, previstos na codificação civil. Logo, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 271). Portanto, exerce capacidade jurídica plena, a pessoa que comporta tanto a capacidade de fato, quanto a capacidade de direito.

Nesse sentido, “a personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações”, sendo, portanto, um conceito absoluto, haja vista que pode ou não existir. Já a “capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade”, configurando-se em um conceito relativo, assim, “pode ter-se mais capacidade jurídica ou menos”. Ademais, ambos “não se confundem com a capacidade de fato, que é a aptidão para praticar, por si só, atos que produzam efeitos jurídicos” (ALVES, 2019, p. 98).

Nota-se que o estabelecimento da capacidade de fato, quando observados os critérios estabelecidos em lei, poderá sofrer restrições, surgindo o instituto da incapacidade, entendimento esse que se relaciona com a noção de exercício da autonomia, pois, às pessoas, “as vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil”, de modo que o Direito “recusa-lhes autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de outra pessoa, que os

representa ou assiste” (PEREIRA, 2016, p. 222). Nesse sentido:

Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade.

Por isso se diz que a *regra é a capacidade*, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e *expressamente decorrente de lei*, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de direito, seja de fato. (PEREIRA, 2016, p. 222, grifos originais).

A capacidade de fato vai comportar diferentes gradações, de modo que se pode falar em pessoas plenamente capazes, de um lado, e de pessoas absolutamente ou relativamente incapazes, de outro. Nesse contexto, é que surge a discussão sobre a teoria das capacidades. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 273), “é intuitivo que a teoria das incapacidades – estabelecendo diferentes graus de ausência da capacidade – somente poderá incidir sobre a capacidade de fato, jamais sobre a capacidade de direito”. Mariana Alves Lara (2020, p. 43) ressalta que, em relação à capacidade de fato, “parte-se do pressuposto de que são pessoas dotadas de total cognição e discernimento para a prática de atos negociais, refletindo alto grau de qualidade em suas manifestações de vontade”.

Vale destacar, desde já, respeitados os contextos apresentados, que a presente pesquisa se filia à nomenclatura “teoria das capacidades”, em detrimento da teoria das incapacidades, haja vista que o Direito Civil brasileiro parte da ideia de que a capacidade é a regra, e a constatação da incapacidade é a exceção, sendo que esta, por sua vez, deverá ser aferida por meio de critérios, os quais ora se discute. Assim, nota-se que a incapacidade não é automática (SOUZA, 2018). Logo:

As situações que conduzem à não configuração da capacidade de fato plena devem ser sempre fixadas em lei, e, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se positivadas no art. 3º e no art. 4º do Código Civil. [...] Portanto, para que um determinado sujeito de direitos seja considerado incapaz, é necessário que ele seja enquadrado em uma das tipologias previstas na legislação. Trata-se, inclusive, de matéria de ordem pública, devendo ser realizada a sua interpretação de maneira estrita, não permitindo, por consequência, uma ampliação do rol de incapazes ao alvedrio da lei. Ou seja, “as capacidades jurídica e de agir não são suscetíveis de convenção, pois são reguladas por normas cogentes de interesse público”. (LARA, 2020, p. 42).

Todos esses elementos, desde a ideia de pessoa até a normatização de critérios adotados pelo Código Civil brasileiro, compõem a teoria das capacidades civis brasileira. A partir dessas noções iniciais, adentra-se no entendimento dos critérios que são pautados pelo paradigma da saúde mental e que constam no Código Civil atual e no anterior, tendo em vista que somente os que sob esse paradigma são estabelecidos interessam a este estudo. Por fim, observa-se que o estudo está pautado, também, somente na influência desses critérios para o exercício da capacidade de fato, posto que, conforme visto, é a espécie que comporta gradações.

Assim, tendo em vista que a teoria das capacidades civis brasileira, que estabelece o modelo brasileiro de capacidade, no tocante à pessoa com deficiência sofre alterações ao longo do tempo, é necessário realizar uma contextualização do que levou às alterações promovidas no Código Civil e que interessam ao objeto de estudo deste trabalho.

Conforme abordado na seção 2.1, a Carta de Nova Iorque trouxe um novo olhar para os direitos das pessoas com deficiência, propondo a adoção de um modelo biopsicossocial, sob a ótica dos direitos humanos. Essa proposta descortina os anseios de promoção, proteção e reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência pela Convenção. Desse modo, busca-se a valorização da autonomia dessas pessoas em sua integralidade, comportando aspectos fundamentais como liberdade, saúde, relacionamento social e oportunidades.

Diante disso, a teoria das capacidades civis brasileira buscou se adaptar a essa nova ótica, o que gerou mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se observa a seguir.

2.5 Da Carta de Nova Iorque ao Estatuto da Pessoa com Deficiência e os impactos na teoria das capacidades civis brasileira

O ponto de partida das mudanças ocorridas na teoria das capacidades civis brasileira no ano de 2015, instituídas por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em 13 de dezembro de 2006, em sua sede, localizada na cidade de Nova

lorque, nos Estados Unidos, a Organização das Nações Unidas realizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Essa Convenção propôs diretrizes que refletem seus anseios para proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, em forma de compromissos, firmados entre mais de 150 (cento e cinquenta) Estados-Partes, com o propósito de “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” (UNITED NATIONS, 2007, s.p.).

Dentre os Estados-partes que ratificaram a Convenção está o Brasil, que recebeu tanto seu texto principal, quanto o seu Protocolo Facultativo, assinados em 30 de março de 2007, com status de emenda constitucional em seu ordenamento jurídico, observando o trâmite previsto na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, §3º³² (BRASIL, 1988), primeiro por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008) e, após, por meio do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009). Nesse sentido:

Trata-se, portanto, de uma Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência que, seguindo um movimento mundial de reconhecimento, trouxe anseios de modificação da visão da sociedade em relação a elas, em especial abandonando a ideia assistencialista e reconhecendo que são pessoas ativas na sociedade e detentoras de autonomia para reivindicação e exercício dos seus direitos. (SOUZA; LISBÔA, 2020, p. 245).

Em seu artigo 12³³ a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 3º 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. (BRASIL, 1988).

³³ Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei:

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão 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, apliquem-se pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente

Deficiência determina que os Estados-partes “adequem seus ordenamentos jurídicos para que as pessoas com deficiência possam gozar do exercício pleno e pessoal de seus direitos, na medida do reconhecimento de sua autonomia por meio de suas capacidades”. (UNIETD NATIONS, 2007). É nesse contexto que vai surgir o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Diante do compromisso firmado na Convenção e valendo-se dela e de seu Protocolo Facultativo como justificativa e base, o Brasil elaborou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, que procurou efetivar, promover e dar uma proteção específica e adequada aos direitos das pessoas com deficiência. “Dessa forma, a legislação teria o condão de atingir parte significativa da sociedade, em especial considerando o histórico [...] de invisibilidade histórica, quanto à promoção, proteção e garantia de seus direitos fundamentais.” (SOUZA, 2018, p. 265).

Em seu artigo segundo, o Estatuto da pessoa com deficiência revela qual o conceito acerca da deficiência foi adotado no sistema jurídico brasileiro, além de prescrever que caberá ao Estado a criação de instrumentos para a avaliação da deficiência que, por sua vez, deverá ter viés biopsicossocial e ser feita por equipe multiprofissional englobando diferentes fatores (BRASIL, 2015). Vejamos:

Art. 2º 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.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação.

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL, 2015).

e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

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. (UNITED NATIONS, 2007).

Como se observa, a definição de deficiência do Estatuto seguiu os mesmos parâmetros adotados pela Carta de Nova Iorque, o qual considera um modelo biopsicossocial de deficiência, que abarca impedimentos e barreiras para além dos estabelecidos pela Medicina e que obstruem uma participação efetiva e plena da pessoa com deficiência na sociedade.

No tocante à teoria das capacidades civis, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu sensíveis alterações em alguns diplomas normativos brasileiros, dentre as quais, destaca-se as realizadas nos artigos terceiro e quarto do Código Civil de 2002, que passou a apresentar uma nova redação que alterou o critério de aferição da autonomia para o exercício da capacidade de fato, conforme se analisará no próximo capítulo.

Nesse contexto, é necessário verificar qual era o critério anteriormente adotado e quais as consequências das mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para a teoria das capacidades civis brasileira. Para tanto, tomando por referência a Carta de Nova Iorque, busca-se, verificar a adequabilidade de ambos frente ao tratamento que ela buscou estabelecer à pessoa com deficiência, observando se houve ou não uma superação do modelo médico de deficiência, bem como se há ou não uma espécie de justificação nos postulados das ciências neurais acerca da construção normativa de critérios de limitação de autonomia para o exercício da capacidade de fato.

Para tanto, é necessário que se realize um estudo acerca das alterações que o Código Civil brasileiro sofreu em seus critérios de aferição da autonomia a partir da Carta de Nova Iorque e do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Além disso, é preciso verificar qual era o critério adotado anteriormente, e seus impactos no exercício autônomo da capacidade civil, conforme se observa no capítulo a seguir.

3 SAÚDE MENTAL E O DIREITO: dos critérios de aferição da autonomia para o exercício da capacidade de fato

O objetivo desse capítulo é dar continuidade ao entendimento dogmático das questões postas no capítulo anterior, adentrando nos critérios que o Direito Civil brasileiro elegeu ao longo do tempo, a partir do paradigma da saúde mental, para estabelecer limites ao exercício autônomo da capacidade de fato.

De posse da noção de que o desenvolvimento da saúde mental pela Medicina e pela Psicologia, ou seja, das ciências neurais, levou a uma compreensão do que se entende por plenitude das faculdades mentais de uma pessoa, observa-se o surgimento, no Direito Civil brasileiro, da teoria das capacidades civis.

A construção da referida teoria é feita a partir de uma relação de auxílio entre o Direito Civil e as ciências neurais, principalmente a Medicina, haja vista que o entendimento de saúde da Medicina, afinado para a acepção dogmática de saúde mental, serviu de base para a eleição de critérios que determinam a capacidade de fato.

Essa base médica foi e ainda é capaz de fornecer subsídios para que o Direito Civil, no seu campo de atuação, qual seja, o jurídico, trabalhe com a possibilidade de estabelecer de que maneira normatizará a autonomia para o exercício da capacidade.

A importância dessa limitação liga-se à noção de que um ser humano autônomo pode ou não exercer de maneira plena essa autonomia. Esse exercício pleno de autonomia, no entanto, não deve ser aferido ou normatizado, considerando apenas o aspecto biológico, de saúde. É o que, conforme demonstrado, atualmente observa-se na Carta de Nova Iorque e no Estatuto da pessoa com Deficiência.

3.1 Das considerações sobre autonomia

Mary Donnelly (2011), explica que a origem do termo autonomia o descrevia como o direito das cidades-estados gregas ao autogoverno. Somente com o iluminismo é que o termo passa a ser mais amplo, designando tanto pessoas quanto os Estados, servindo de base filosófica para o debate na bioética e no direito. No entanto, o mais importante e constante nas discussões a seu

respeito, é reconhecer que, dentro da sua dinamicidade e complexidade, a autonomia é uma característica das pessoas, configurando-se como uma qualidade desejável de se ter.

No contexto dessa pesquisa, observa-se que a autonomia deve ser vista a partir de um amplo espectro, de maneira biopsicossocial, de modo a se constatar a sua plenitude a partir de fatores psicológicos, biológicos e sociais.

De acordo com o exposto nas seções anteriores, a autonomia é um termo que compreende diferentes acepções dogmáticas. No caso do Direito Civil, que lida com questões existenciais, patrimoniais e negociais da pessoa, fora esclarecido que, nessa pesquisa, não se considera que autonomia e capacidade sejam sinônimos, já que, do contrário gera-se confusão e conflito. Nesse sentido, observa-se que “muitas questões do ponto de vista ético, moral e jurídico, decorrem justamente dessa confusão, na medida em que se deva identificar o que diferencia um do outro” (MEIRELLES; SÁ; VERDIVAL; LAGE, 2022, p. 125).

Assim, pode-se afirmar que o entendimento do que é a autonomia e do que é a capacidade precisa estar muito bem delimitado. A autonomia parte de uma compreensão principiológica, ligada à noção de liberdade de atuação, relaciona-se com o autogoverno e a autodeterminação de uma pessoa.

Dentro do Direito Civil, a limitação eventualmente imposta à autonomia para o exercício da capacidade civil, relaciona-se com o entendimento da Medicina, pois foi a partir da construção dogmática do que se diz ser o funcionamento normal da mente – chamado de saúde mental – que se estabeleceu a noção de consciência e discernimento. Nesse sentido, conclui-se que, uma pessoa com plenitude de faculdades mentais é uma pessoa autônoma na sua atuação, tanto para a Medicina, no tocante à saúde mental, quanto para o Direito Civil, no tocante a capacidade para atos da vida civil.

Diante dessa noção de que, para o Direito Civil, autônoma é a pessoa que tem aptidão para exercer essa autonomia na realização de atos da vida civil, de maneira direta e sem interferências de terceiros, estabelece-se a regra de que toda pessoa é capaz. A capacidade civil “é considerada como expressão de titularidade da personalidade jurídica” (MEIRELLES; SÁ; VERDIVAL; LAGE, 2022, p. 125).

No entanto, diante da comprovação jurídica de que, a partir das normas estabelecidas no Código Civil, determinada pessoa não goza da plenitude de sua saúde mental, a autonomia para o exercício de atos da vida civil restará

limitada. Assim, passa o legislador a moderá-la, limitando seu exercício. Desse modo:

O Código Civil adotou o modelo etário para determinação da incapacidade civil absoluta, com vistas a uma maior proteção ao indivíduo incapaz. [...]

De forma geral, o fundamento utilizado para gerir a teoria das capacidades é o etário. Porém, esta noção de capacidade esbarra em uma compreensão restrita acerca da figura do discernimento para a concretização da ação autônoma. Nesse cenário, torna-se evidente que esta noção civilista empregada na contemporaneidade é incipiente frente às demandas decorrentes dos novos direitos, não cumprindo seu papel protetivo em situações como questões ligadas ao corpo e à sexualidade de sujeitos que não se encontram cobertos pelos parâmetros aplicados (SCHIOCCHET, 2011).

Assim, o sentido de autonomia não pode ser interpretado a partir do sentido de capacidade. Em muitas situações existenciais, o sujeito pode ser considerado civilmente capaz, porém, encontra-se em situação de autonomia reduzida. Por isso, torna-se necessário compreender que a ideia de autonomia é mais ampla do que a ideia de capacidade e, dentro das situações que envolvem decisões sobre a vida, a saúde e o corpo, deve-se partir de uma aferição das condições pessoais do sujeito, ou seja, da sua medida de vulnerabilidade. (MEIRELLES; SÁ; VERDIVAL; LAGE, 2022, p. 125-126).

Nesse sentido, é importante destacar que, desde a concepção, a teoria das capacidades civis apresenta-se como um elemento de proteção àqueles que, aos olhos do legislador, não gozam de plenitude de faculdades mentais. No entanto, como ao Direito não cabe a função de conceituar o que é considerado como plenitude de faculdades mentais, é feito um exercício interdisciplinar: recorre-se à Medicina para compreender a questão a partir do que ela, enquanto área do conhecimento cujos estudos são voltadas para essa temática da saúde, é capaz de fornecer.

Nota-se que o Direito Civil, diante da impossibilidade de prever a complexidade social e individual do ser humano, elege critérios objetivos para estabelecer limitações normativas. Desse modo, o critério etário, por logicamente se relacionar com o desenvolvimento da pessoa humana, que adquire autonomia de atuação conforme se desenvolve, mostra-se como uma possibilidade a ser eleita. No entanto, referido critério não é capaz de fornecer um resultado real acerca da plenitude da autonomia de uma pessoa.

Assim, o legislador, para além do critério etário, percebe que estabelecer um modelo de capacidade que seja capaz de abarcar o funcionamento da mente, em uma realidade fática e uma dita normalidade biológica é um caminho possível. Diante disso, passa a considerar o discernimento como elemento

definidor de limite de uma atuação autônoma na realização de atos da vida civil.

Observa-se, portanto, que o exercício da capacidade, ligado à noção de autonomia, pode ser pleno ou limitado. A capacidade é normatizada pelo Código Civil, razão pela qual fala-se em capacidade civil, que será de fato e de direito. O exercício dessa capacidade pode ou não se dar de maneira autônoma, pois a ideia de autonomia está contida no Código Civil, mas não está por ele normatizada. Nesse sentido:

O exercício da autonomia, assim como de outros direitos, não é absoluto. Encontra-se ele submetido à ponderação que quase sempre envolve conflito entre bens jurídicos. A limitação visa conciliar o exercício das liberdades, garantindo direitos fundamentais com observância ao direito dos outros indivíduos de exercer sua liberdade dentro do Estado Democrático de Direito. Assim, legitima-se o Estado como instituidor de determinados limites às condutas que venham a oferecer risco à integridade de determinados bens jurídicos (MEIRELLES; SÁ; VERDIVAL; LAGE, 2022, p. 124).

Assim, nota-se que capacidade civil, é a regra existente dentro da teoria das capacidades civis. Esse regramento, por sua vez, orienta-se pela base principiológica da autonomia, conforme demonstrado anteriormente ao contextualizar essa pesquisa dentro do biodireito, apresentando a noção de princípio da autonomia privada enquanto autogoverno. Posto isso, tem-se que a autonomia se desdobra em diferentes perspectivas, algumas delas serão abordadas nessa pesquisa, conforme se observa a seguir.

3.1.1 Da autonomia tradicional

Diante dessas considerações, que conectam a ideia de autonomia a autogoverno e que influenciam no entendimento da capacidade civil, tem-se configurado o chamado modelo de autonomia tradicional. No entanto, conforme ensina Aline Albuquerque (2021), para além do modelo tradicional, podemos falar, também, no modelo de autonomia relacional e no modelo de autonomia como promoção, abordados, respectivamente nas seções a seguir.

Assim, o modelo tradicional de autonomia funda-se na noção de que uma pessoa pode atuar sem a ingerência de outrem, materializando suas escolhas, preferências e desejos pessoais. Ele é construído a partir da dogmática do princípio da autonomia, cujos principais expoentes são John Stuart Mill e Immanuel Kant. Logo, “o modelo de autonomia tradicional e do princípio que

preceitua o seu respeito, estabelece uma obrigação *erga omnes* de não interferência” (ALBUQUERQUE, 2021, p 13).

Sem aprofundar numa digressão filosófica, de maneira objetiva, Mary Donnelly (2011), ensina que Immanuel Kant, numa visão deontológica, apresenta a noção de autonomia como a habilidade de se autolegislar, configurando-se esta como uma liberdade individual, na qual a pessoa realiza suas escolhas por si. Já para John Stuart Mill, numa visão utilitarista, a autonomia funda-se na noção de soberania pessoal, cujo exercício deve ser pensado considerando que não cause danos coletividade, devendo nela se projetar de maneira positiva.

Por sustentar esse respeito ao plano individual e somente ele, o modelo de autonomia tradicional sofreu críticas, tendo em vista que as concepções sustentadas de “autogoverno, autodeterminação e indivíduos racionais” mostraram-se excessivas. Essa “visão atomista de autonomia” considera apenas o plano individual da pessoa humana, ignorando outros fatores que também compõem a sua construção, como os sociais e os intersubjetivos (ALBUQUERQUE, 2021, p. 14).

Diante disso, tem-se o desenvolvimento do modelo de autonomia relacional.

3.1.2 Da autonomia relacional

Esse modelo nasce da noção de que, mesmo tendo a sua individualidade, as pessoas a constroem a partir de interações. Assim, as várias relações que uma pessoa desenvolve com outras na sua interação social (como a família e a comunidade), são capazes de influenciar na construção da sua identidade pessoal, interesses e, conseqüentemente, sua autodeterminação (ALBUQUERQUE, 2021).

Conforme afirma Herring (2014), a autonomia pode ser vista como uma fonte do direito, já que a partir dela a pessoa pode reivindicar sua permissão de tomar decisões por si mesmo, devendo referidas decisões serem respeitadas, desde que não prejudique outras pessoas. Nesse sentido:

Essa concepção individualista de autonomia está ligada a todo um conjunto de outros valores: autossuficiência, autossoberania, independência moral, autogoverno, pluralismo e liberdade [...]. A liberdade de poder tomar decisões sobre como você vive é vista como parte central da “cultura política ocidental”. [...]

Assim entendida, a autonomia é um dos direitos mais importantes que um indivíduo tem. Na verdade, pode até ser visto como a fonte de todos os direitos. Sem autonomia não podemos escolher como exercer nossos outros direitos e eles se tornam inúteis ou, pior ainda, ferramentas que outros podem usar contra nós. (HERRING, 2014, p. 01, tradução nossa³⁴).

O modelo de autonomia relacional considera que não há uma total liberdade para que as pessoas vivam suas vidas, tendo em vista que suas escolhas são influenciadas pela realidade em que está inserida, pelas obrigações que são estabelecidas e pelas relações que são construídas. Logo, “as escolhas autônomas derivam do compartilhamento de ideias, percepções e sentimentos”, e, assim, abarca a consideração de interdependência e de conexão (ALBUQUERQUE, 2021, p. 16).

Para Herring (2014), pode-se afirmar que o conceito de autonomia relacional é uma resposta ao conceito de autonomia tradicional, já que os defensores daquela, para tanto, destacam o caráter eminentemente individualista que com ela se alinha. Assim:

[...] nesses termos: “autonomia relacional” é um termo abrangente, designando uma gama de perspectivas relacionadas, nas quais, identidades são formadas dentro do contexto das relações sociais e moldadas por um complexo de determinantes sociais que se cruzam, como raça, classe, gênero e etnia. (MACKENZIE; STOLJAR, 2000, p. 4).

É importante ressaltar que o modelo de autonomia relacional refere-se a um tipo de abordagem de autonomia. Para tanto, ela deve ser vista em um contexto social jurídico amplo, já que o individualismo desconsidera a imensa teia de relações que uma pessoa desenvolve ao longo da sua vida. Vale salientar que a autonomia relacional não rejeita a noção de si mesmo, mas que a identidade e as capacidades de uma pessoa nascem da intereção com outras pessoas (HERRING, 2014).

Assim, referida abordagem se mostra mais consistente pois revela que as

³⁴ At its heart autonomy, traditionally understood, involves a claim that individuals should be allowed to make decisions for themse. This individualist conception of autonomy in linked to a whole set of other values: self-sufficiency, self-sovereignty, moral independence, self-government, pluralism and liberty (Fineman 2004, Chap 1). The freedom to able to make decisions as to how you life is seen a central part of “Western political culture” (Dworkin 1993, p. 166).

So understood, autonomy is one of the most importante rights an individual has (Griffin 2007, Chap 1). Indeed it might even be seen as the source of all rights. Without autonomy we cannot chooose how to exercise our other rights and they become whortless or, even worse, tools that others can use against us.

decisões de uma pessoa são tomadas dentro de um contexto relacional. Logo, o contexto relacional e social no qual uma pessoa está inserida reflete a realidade de que ela exerce ou não seu autogoverno. É necessário considerar a consciência de se resguardar direitos humanos de outras pessoas (HERRING, 2014). Além disso:

[...] a autonomia relacional é altamente sensível à maneira como nossos relacionamentos constituem a nossa identidade e são parte integrante da autonomia. Então não é, como a tradicional autonomia, (mesmo uma versão sensível a preocupações relacionais) teria, em que nós formamos nossos objetivos para nossa vida e, em seguida, procuramos usar nossos relacionamentos para examiná-los e propor metas. Nossos objetivos são formados por e dentro do contexto de nosso relacionamento. [...] porque as identidades se fundem. Isso significa que uma tentativa de verificar se alguém tem capacidade e qual é o seu desejo autônomo só pode ser devidamente realizado se avaliados dentro do contexto de seus relacionamentos. Um teste de capacidade deve portanto, considerar se um indivíduo, com o apoio da família e amigos, é capaz de tomar uma decisão. (HERRING, 2014, p. 21, tradução nossa³⁵).

Considerando a questão da saúde mental, o modelo de autonomia relacional parece se aproximar do modelo biopsicossocial de deficiência adotado pela Carta de Nova Iorque, já que não desconsidera a individualidade da pessoa, mas, para além, realiza uma observação dos fatores que são capazes de configurar-se como influenciadores do seu exercício autônomo de capacidade na vida civil. Dessa maneira, tem-se que “as abordagens relacionais de autonomia requerem uma investigação mais ampla do impacto de fatores sociais e estruturais na agência do tomador de decisão” (DONNELLY, 2011, p. 31, tradução nossa³⁶).

Para além de um plano biológico de faculdades mentais, considera-se que a interação com o ambiente em que está inserida diz muito sobre o reconhecimento da diversidade de pessoas com deficiência, bem como da visão que constrói sobre sua (in)capacidade de agir em igualdade de condições com

³⁵ relational autonomy is highly sensitive to the way in which our relationships constitute identity and are integral to autonomy. So it is not, as traditional autonomy, (even a version sensitive to relational concerns) would have it, that we form our goals for our life and then seek to use our relationships to peruse those goals. Our goals are formed by and within the context of our relationship and in a context in which talk of using a relationship to achieve one's goals makes no sense because identities become fused. This means that an attempt to ascertain whether someone has capacity and what their autonomous wish is can only properly made if assessed within the context of their relationships. A capacity test should therefore consider whether an individual, with the support of the family and friends, is able to made a decision.

³⁶ Thus, relational approaches to autonomy require a broader investigation of the impact of social and structural factors on the agency of the decision-maker.

as demais pessoas.

Aline Albuquerque (2021, p. 16), destaca que “pode-se afirmar que o modelo de autonomia relacional é sensível às especificidades culturais, o que difere do modelo da autonomia tradicional extremamente centrado no indivíduo apartado de suas relações e contextos”. A crítica a esse modelo, de acordo com a autora, reside no entendimento de que a autonomia relacional pode ser deturpada quando analisada em contextos abusivos nos quais a pessoa está inserida, posto que nessas situações o poder de se autogerir encontra-se em risco³⁷.

Por fim, cabe citar um outro modelo que parte do modelo de autonomia relacional: o modelo de autonomia como promoção, conforme se observa a seguir.

3.1.3 Da autonomia promocional

A partir do modelo de autonomia relacional, constrói-se o modelo de autonomia promocional, que vai além. O exercício da autonomia por uma pessoa deve ser realizado diante de condições efetivas para sua existência, bem como a autonomia “significa acolher questões referentes à agência”. Assim, “cada pessoa deve ser um ator perante a lei, atuando na criação, na modificação e no término de relações jurídicas” (ALBUQUERQUE, 2021, p. 21).

Conforme demonstrado nas seções anteriores, a Carta de Nova Iorque adotou um modelo biopsicossocial de deficiência. Nesse modelo, os impactos da deficiência são observados a partir da conjugação de fatores sociais, físicos, sensoriais e intelectuais; e a maneira como limitam o exercício de autonomia da pessoa com deficiência na sociedade em que está inserida. A proposta é, para além da proteção aos direitos das pessoas com deficiência, que sejam garantidos por meio da promoção, na maior medida possível, da sua autonomia.

Nesse sentido, pode-se falar no modelo de autonomia promocional, o qual desde já, se esclarece, é o adotado por essa pesquisa, pelas construções a seguir apresentadas, que justificam a conclusão da sua adequabilidade à

³⁷ Exemplo importante diz respeito à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424. O plenário do Supremo Tribunal Federal julgou “estabelecendo que nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, o Ministério Público (MP) tem legitimidade para deflagrar ação penal contra o agressor sem necessidade de representação da vítima” (BRASIL, 2021).

discussão do exercício de capacidade de pessoas com deficiência.

Essa ideia de autonomia como promoção se aproxima da proposta da Carta de Nova Iorque, pois coloca a pessoa como centro da sua atuação nos atos da vida civil sem, no entanto, fechar os olhos para a realidade. Somente se alcança esse protagonismo promocional, quando caminha-se para além de uma simples proteção normativa, quando respeita-se as escolhas individuais de condução da própria vida, garantindo um ambiente social e jurídico que permita essa atuação em igualdade substancial de condições e oportunidades em relação às demais pessoas.

Para Donnelly (2011), observa-se que, tradicionalmente, a lei, ao dispor sobre um padrão de normalidade acerca do exercício da capacidade, comportou-se como se não fosse necessário o estabelecimento de uma base conceitual sobre o assunto, realizando a proposição de um padrão generalizado que, em tese, comporta o que seria o melhor interesse para aquela pessoa. A consequência, entretanto, foi o empobrecimento do discurso legal e a relegação de um papel social coadjuvante a esses atores. Essa realidade, começa a mudar com o advento da Carta de Nova Iorque, com a proposição de uma agenda promocional da autonomia com vistas a garantia de direitos humanos das pessoas com deficiência. Nesse sentido:

Quando uma pessoa não tem como fazer escolhas por ausência de alternativa, torna-se dificultoso sustentar a presença da autonomia, isto é, há situações em que as pessoas não têm opções e escolhas. Com base nesse entendimento, se sustenta que **a autonomia pode ser promovida, o que conduz à ideia de desenvolvimento das habilidades que estimulam o exercício da autonomia**, bem como a adoção de medidas estatais e sociais que a fomentem. Como exemplo, as políticas públicas que desenvolvem medidas educativas direcionadas a pessoas com deficiência intelectual com o objetivo de participarem de decisões sobre suas vidas, como cuidados em saúde. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 22, grifo nosso).

O modelo de autonomia como promoção, para ser desenvolvido, compreende a existência dos dois modelos anteriores de autonomia tradicional e autonomia relacional. No entanto, busca ir além de suas concepções, já que observa que para que uma autonomia pessoal seja efetivamente garantida, há a necessidade de permitir, por meios jurídicos adequados, essa existência, combatendo-se opressões, abusos, discriminações e desigualdades. Além disso, deve-se fornecer elementos de apoio à tomada de decisões de uma pessoa, de modo a promover seu autogoverno.

Sendo assim, qualquer possibilidade de mitigação da atuação de determinada pessoa deve ser realizada de maneira cautelosa. Logo, parte-se da máxima de que toda pessoa é capaz, mas podem existir situações em que essa capacidade de atuação precisará ser mitigada, haja vista que não experimenta a possibilidade de ser realizada de maneira autônoma. Nesse momento, cabe ao Direito fornecer elementos que busquem formas de minimizar essa falta de plenitude de autonomia, de modo a promovê-la em vez de simplesmente limitá-la em suas normativas.

Para Aline Albuquerque (2021, p. 23), essa noção coaduna-se com a ótica dos Direitos Humanos estabelecida pela Carta de Nova Iorque no tocante às pessoas com deficiência. Essa análise do exercício da autonomia realizada “da perspectiva relacional e intersubjetiva é uma conquista essencial para se resguardar os direitos humanos da pessoa envolvida na deliberação”. Por essa razão a autora sustenta que este modelo promocional é o mais adequado a esse referencial. Nesse sentido:

Esse modelo também abarca a obrigação dos Estados de promover a autonomia das pessoas, notadamente aquelas que são historicamente consideradas incapazes de conduzir suas próprias vidas, como as pessoas com transtornos mentais e pessoas com deficiência intelectual. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 23).

É nesse ponto que a observância crítica dos critérios escolhidos pelo legislador brasileiro, ao longo do tempo, na teoria das capacidades civis, se revelaram adequados ou não no tocante à proteção e promoção da autonomia das pessoas com deficiência.

Por essa razão, faz-se necessário realizar uma análise sobre a adoção desses critérios nos Códigos Civis brasileiros, desde o estabelecimento da teoria das capacidades civis no Direito Civil pátrio até o advento da Carta de Nova Iorque e, em momento mais recente, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Realiza-se, portanto, uma análise temporalmente cronológica, mas a partir dos objetivos do Estatuto, que é mais recente, do ano de 2015.

3.2 A teoria das capacidades civis brasileira como elemento de exercício autônomo da capacidade

Conforme visto, os modelos de autonomia passaram por mudanças,

surgindo, por fim, o modelo de autonomia como promoção. Referida abordagem sustenta, entre outras coisas, que deve haver maneiras de se desenvolver habilidades que estimulem o exercício da autonomia.

Essa ideia de desenvolvimento de habilidades vai ser muito importante para este estudo quando, no próximo capítulo, trabalhar-se-á a ideia de competência. Isso porque, conforme visto, a Medicina, no tocante à saúde mental, oferece subsídios ao Direito Civil para a construção da sua teoria das capacidades civis. O Direito Civil, desse modo, elege a saúde mental como paradigma e estabelece, a partir disso, critérios que limitam o exercício autônomo da capacidade de fato.

No entanto, em um exercício de análise da teoria das capacidades civis, é possível observar que ela foi pensada a partir de um modelo de autonomia tradicional, no sentido de que, ao se constatar, por um motivo ou outro, frequentemente relacionado à saúde mental, que uma pessoa não goza da plenitude de suas faculdades mentais, o exercício autônomo da sua capacidade civil deve ser limitado.

Por essa razão, pode-se afirmar que a teoria das capacidades civis é um elemento do Direito Civil que busca normatizar e garantir o exercício autônomo da capacidade civil. No entanto, não está isenta de críticas quando é estabelecida nos códigos civis brasileiros, já que os critérios que adota para limitação ao exercício autônomo da capacidade de fato aparentam funcionar mais como elementos protetivos discriminatórios do que como elementos protetivos, promocionais e orientados pelos direitos humanos.

Desse modo, realiza-se a seguir, uma análise dos critérios adotados no Código Civil brasileiro ao longo do tempo como limitadores ao exercício autônomo da capacidade de fato, a partir do paradigma da saúde mental. O objetivo é verificar se um ou alguns deles coaduna-se com a ideia de autonomia promocional, para além de uma proteção normativa, sob o viés dos direitos humanos, já que este é anseio da Carta de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Sobre a Carta de Nova Iorque, conforme já explanado no capítulo 2, Aline Albuquerque (2021), reforça que trata-se de um instrumento normativo de reconhecimento e, portanto, proteção e promoção da autonomia da pessoa com deficiência. Não somente a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como também outras, a exemplo da Convenção

Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (2015) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos humanos (2005), buscam a promoção da autonomia, normatizando-a no cenário internacional como um direito humano.

Por fim, conforme ensina Flávia Piovesan (2019), tem-se que por direitos humanos aqueles direitos que compreendem a garantia da dignidade humana, ou seja, direitos construídos a partir de uma visão de que a pessoa humana não é um objeto descartável, devendo seu valor ser reconhecido a ela enquanto sujeito [ou pessoa] de direito dentro da sociedade. Assim, em sua acepção clássica os direitos humanos são um “conjunto de predicados, características e fundamentações que constituem o arcabouço da concepção contemporânea dos direitos humanos” (OLIVEIRA, 2016, p. 1).

Os direitos humanos, estão em constante construção. No cenário internacional ganham mais força após a Segunda Guerra Mundial, momento em que se constata uma grave violação a esses direitos. Nesse sentido, há uma efetiva mobilização, desde então, para que referidos direitos sejam garantidos, estabelecendo-se um sistema normativo internacional que previna suas violações (PIOVESAN, 2019). Nesse sentido:

Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco. (PIOVESAN, 2019, p. 58)

Desse modo, observa-se que a liberdade é o fundamento da ação de todos os seres racionais e, portanto, constitui-se como elemento fundamental do exercício da autonomia e esta, por fim, é a base da dignidade humana.

Nesse contexto, observa-se que a Carta de Nova Iorque está contida nesse sistema de proteção internacional aos direitos humanos, nesse caso, de pessoas com deficiência. Portanto, “a deficiência passa a ser compreendida como uma questão de Direitos Humanos. Assim, as pessoas com deficiência passam a ser reconhecidas como pessoas de direito e a ter acesso ao exercício de suas capacidades” (BARROS, 2022, P. 146).

Estabelecidas estas contextualizações, passa-se a analisar, efetivamente, os critérios contidos na teoria das capacidades civis, ao longo do tempo, que se mostraram como elementos de limitação do exercício do

autonomia da pessoa com deficiência.

3.2.1 O critério do discernimento em 1916

Como já explicado na seção 2.1 desta pesquisa, assim que o Brasil se tornou um país independente, a Constituição Imperial estabeleceu que se organizasse um Código Civil e Criminal para o ordenamento jurídico que se iniciava, mas que se pautava em legislações esparsas, muitas de origem portuguesa, que já vigoravam no período colonial. Assim, seria possível estabelecer normativas que fossem pensadas a partir da realidade social do país.

A normativa que ordena a continuidade das legislações portuguesas no país data de 1823 e a primeira Constituição é outorgada pelo imperador Dom Pedro I em 1824. Portanto, de acordo com o que foi exposto acerca da contextualização temporal da história da loucura, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico genuinamente brasileiro começa a ganhar contornos no chamado período Contemporâneo, que se inicia após a Revolução Francesa em 1879 e perdura até os dias atuais. De acordo com Lara Antunes de Souza,

[...] o Direito na Idade Contemporânea será caracterizado pelo nascimento da era denominada Codicista, ou seja, a criação dos Códigos europeus. Tem-se como contemporâneo o período pós-revolução Francesa, no final do século XVIII, até os dias atuais. [...] Lembra-se que o tratamento médico e psicológico da loucura na Idade Contemporânea baseou-se no estudo científico dela e no tratamento segregador do paciente. (SOUZA, 2018, p.162).

Havia uma lógica binária na questão da saúde mental pautada na loucura: o padrão de normalidade social era estabelecido entre loucos e não loucos. Além disso, havia o predomínio do discurso médico que, por sua vez, segregava e excluía socialmente as pessoas com deficiência, notadamente aquelas que apresentavam deficiências intelectuais e que eram tidas como loucas.

Essa era codicista, em plano internacional, é marcada por dois sistemas de Código Civil que apresentam grande relevância: o Código Civil Francês de 1804 e o Código Civil Alemão que entrou em vigor no ano de 1900. No entanto, em atenção ao recorte metodológico dessa pesquisa, considerada a importância do Código Civil Alemão, far-se-á somente um aprofundamento acerca do Código Civil Francês, haja vista sua relação com o Código Civil brasileiro de 1916.

Desse modo, o Código Civil Francês, também amplamente conhecido como Código de Napoleão, exerceu influência na elaboração do Código Civil brasileiro de 1916. Nesse sentido, tem que:

[...] o Código brasileiro, como se sabe, é fruto de várias inspirações – além do Código Civil francês, grande influência exerceu sobre Bevilacqua o Código Civil alemão (do qual tomou a “parte geral”, ausente no modelo francês), bem como a tradição lusitana (NETO, 2013, p. 80).

Sem adentrar em um estudo profundo da teoria das capacidades civis francesa, pontua-se, a seguir, alguns aspectos trazidos pelo Código Civil francês acerca da limitação do exercício de capacidade civil por pessoas com deficiência, que se relacionam com a discussão da presente pesquisa. De acordo com Lara Antunes de Souza (2018), referido código reconhece que qualquer pessoa pode exercer direitos civis, no entanto, apresenta limitações ao exercício desse direito em razão da saúde mental, prevendo a aplicação de institutos protetivos como as figuras da interdição, tutela e curatela.

Assim, observa-se que a interdição, conforme explica Orlando Gomes (2019, p. 125), é o processo “pela qual o insano mental é judicialmente declarado incapaz”. Desse modo, no referido código, ao declarado como interditado, designava-se um tutor para a administração de sua pessoa e seus bens, sendo a tutela prevista para menores e a curatela prevista para as pessoas adultas, maiores de 21 anos, que se encontravam em frequente estado de imbecilidade ou demência, ainda que eventualmente apresentasse momentos de lucidez.

Lara Antunes de Souza (2018, p. 163), destaca o correto uso da nomenclatura que faz referência à figura do *louco* já que “o Código era do início do século XIX e, portanto, trouxe a nomenclatura utilizada no século anterior”, como se “utilizava nos tribunais eclesiásticos a nomenclatura demência, que decorria da imbecilidade ou delírio”.

No Código Francês de 1804, é possível observar um caminho do Direito distante dos avanços da Medicina, já que era previsto o processo de interdição a ser realizado por um Conselho de Família³⁸ – formado por membros da família

³⁸ De acordo com Lara Antunes de Souza (2018, p. 164), o “Conselho de Família era formado pelo juiz de paz, por seis membros, parentes ou próximos da família, residentes próximos, pelo menos metade da parte de pai. Os parentes e o cônjuge que deveriam propor a interdição, não tinham o poder de voto no Conselho de Família”, conforme artigo 407 do Código de Civil Napoleônico.

do potencial interditando e pelo juiz de paz – sem a necessidade de laudo médico que embasasse o processo. A interdição, por sua vez, apresentava caráter eminentemente patrimonial, visando a proteção do patrimônio da pessoa tida como incapaz e era requisito, até o ano de 1838, em que houve uma reforma psiquiátrica, para internação nos manicômios (SOUZA, 2018). Nesse sentido:

[...] em 1968 foi editada a Lei n. 68-5 que adequou os avanços da Medicina e do Direito, contemplando normas de proteção ao maior de 18 (dezoito) anos incapaz, com a adoção de medidas judiciais proporcionais ao transtorno e ao grau de comprometimento cognitivo do indivíduo. Tal medida entra no movimento antimanicomial [...] perpetrado no século XX em fuga da manicomização da “loucura”, experimentada no século XIX. [...] Portanto, a proteção atingia não só o doente mental, mas as pessoas que por quaisquer razões não possam exprimir suas vontades, como os que estão em estado de coma, e ainda, que a situação seja temporária. (VIEIRA, 2004, p. 97).

O Direito Francês, com o Código de Napoleão, apresentava um adequado tratamento às pessoas com deficiências intelectuais no século XVIII. Porém, se, inicialmente, ele parecia não andar em caminho que se coadunava com o conhecimento da Medicina acerca da loucura, o faz no século XXI. A figura do Conselho de Família parece ser uma ideia muito remota de uma equipe multidisciplinar, já que a avaliação da pessoa que viria a ser interditada era feita por pessoas que não necessariamente eram médicos ou psicólogos. No entanto, podemos, também, criticar essa forma de se estabelecer a interdição, já que a análise da saúde de maneira técnica e científica não se encontrava presente. Essa pesquisa sustenta que referida análise da pessoa, deve, obrigatoriamente, ser interdisciplinar, compreendendo a questão sempre além do critério médico, sem, no entanto, descartá-lo por completo.

Por fim, de maneira objetiva, no sistema atual do Código Civil Francês, de 2014, com alterações realizadas pela Lei n. 2007-308, a determinação de incapacidade de uma pessoa passou a ser centrada no poder da Medicina, já que esta é determinada por um médico que avalia o grau de incapacidade. A partir da verificação pelas ciências neurais, Medicina e a Psicologia, com observância e escuta de familiares e acompanhamento de equipe multidisciplinar da situação da saúde mental da pessoa, cabe ao juiz, dentro da sua esfera de atuação jurídica, aplicar a medida cabível que melhor se adeque àquela realidade, valendo-se dos instrumentos da salvaguarda de justiça (que fornece assistência temporária por meio de um mandatário especial), da curatela (que

fornece assistência contínua) ou da tutela (que fornece representação contínua para os atos da vida civil). Vale ressaltar que todo tratamento psiquiátrico, conforme as normativas, observa o respeito pela autonomia do paciente e a garantia de suas liberdades individuais (SOUZA, 2018).

Sendo assim, nota-se que, na França, as normativas acerca do tratamento psiquiátrico à pessoa que apresenta transtornos mentais volta-se ao respeito pela autonomia do paciente. Observa-se que o Direito no país acompanha os progressos da Psiquiatria e da Psicologia em termos de saúde mental, de forma que há um sistema adequado que busca possibilitar o exercício autônomo discernido da capacidade de fato dessas pessoas (SOUZA, 2018).

Essa digressão acerca do Código Civil Francês, cria a base da discussão sobre a teoria das capacidades civis brasileira, que toma forma, de maneira efetiva, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, primeiro do país. Esse Código utiliza como fonte de inspiração as normativas civilistas francesas (que ainda não adequavam a loucura aos avanços experimentados pela Medicina da época). O Código chama atenção pela maneira como prescreveu a limitação absoluta ao exercício autônomo de atos da vida civil às pessoas que apresentavam deficiências intelectuais.

De acordo com Mariana Alves Lara (2020), o Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua, tomou um caminho lógico diferente do que foi proposto por Teixeira de Freitas em seu Esboço no que tange à definição de pessoa, afirmando que o homem é o ente suscetível de aquisição de direitos e deveres. No entanto, o termo “homem” configuraria a ideia de pessoa natural e esta, por sua vez, seria aquela que desenvolve atos na sociedade. Ademais, Clóvis Beviláqua também optou por não seguir a dogmática epistemológica da personalidade e da capacidade de direito criada por Teixeira de Freitas, já que estas são equivalentes, não existindo, portanto, sua normatização neste Código. Vejamos:

Capacidade é a extensão dada aos poderes de ação, contidos na personalidade. Neste artigo, não se trata da *capacidade de fato*, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define, antes, a personalidade, que equivale à capacidade de direito. Afirma que todo homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão. (BEVILÁQUA, 1927, p. 165, grifos originais).

No tocante à capacidade de fato, Clóvis Beviláqua manteve as mesmas

noções propostas por Teixeira de Freitas, sendo a aptidão para o exercício dos atos da vida civil de maneira autônoma, por si só; e, a incapacidade de fato, em sentido contrário, seria a impossibilidade de exercício pessoal dos atos da vida civil por alguém. Vale destacar, que Clóvis Beviláqua, em um primeiro momento, elaborou o Projeto Primitivo do que viria a ser o Código Civil brasileiro e que foi finalizado em 1899. Esse projeto passou por uma comissão revisora e após mais de 15 anos, com alterações que se diferenciavam da proposta inicial, transformou-se no Código Civil de 1916 (LARA, 2020).

Assim, tem-se que, inicialmente, Clóvis Beviláqua planejou o seguinte sistema de incapacidades:

Art. 4º São absolutamente incapazes de exercer por si os atos da vida civil:

1º Os nascituros;

2º Os menores de quatorze anos de ambos os sexos;

3º **Os alienados de qualquer espécie;**

4º Os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade;

5º Os ausentes declarados em juízo.

Art. 5º São incapazes relativamente a certos atos ou ao modo de exercê-los:

Os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um anos.

Art. 6º As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, sob a direção de seus maridos, sofrerão na sua capacidade jurídica, as restrições constantes no livro I da parte especial, título II, capítulo III. (BRASIL, 1917, p. 97-98, grifo nosso).

No entanto, após os trabalhos da comissão revisora, a teoria das capacidades ficou estabelecida de maneira diferente da originalmente formulada, sedimentando a concepção adotada pelo sistema do Código Civil nos artigos quinto e sexto, conforme se observa a seguir:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os 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.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz. (BRASIL, 1916, grifo nosso).

No tocante aos atos realizados pelas pessoas tidas como absolutamente incapazes, o Código Civil de 1916 prescrevia:

Art. 84. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos (art. 5); as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina. [...]

Art. 145. É nulo o ato jurídico:
I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5). (BRASIL, 1916).

O Código Civil de 1916, portanto, de maneira indireta, já que não menciona expressamente, traz o critério do discernimento, estabelecendo a teoria das capacidades sob a ótica da intensidade. Para Clóvis Beviláqua, os que presumidamente apresentavam *nenhum discernimento* para a prática de atos da vida civil pessoalmente, eram tidos como absolutamente incapazes, cujos atos eram nulos, ao passo que os que possuíam o discernimento incompleto, eram considerados relativamente incapazes, e seus atos eram anuláveis. Além disso, o conceito de capacidade de direito foi equiparado ao de personalidade jurídica (CARVALHO, 2018).

A incapacidade de fato, nesse caso, poderia ser suprida por meio de institutos de representação, também previstos na Parte Especial dessa codificação, quais sejam: a tutela e a curatela. A tutela e a curatela são institutos autônomos que aparecem no Direito Civil brasileiro desde o primeiro Código Civil. No caso do Código Civil de 1916, tem-se a tutela, elencada nos artigos 406 a 445, e a curatela, elencada nos artigos 446 a 467. Mariana Alves Lara (2020), destaca, ainda, o pátrio poder³⁹, elencado nos artigos 379 a 395 como forma de suprimimento da incapacidade de fato.

No tocante à tutela pode-se afirmar que “consiste no poder jurídico

³⁹ Conforme ensina Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado (2022, p. 311), atualmente mudou-se um pouco a ideia de pátrio poder já que no âmbito da família, revelou-se a noção de coexistência, reforçada pela preponderância da afetividade. É nessa perspectiva de relação afetiva construída na coexistência e dirigida à promoção de valores existenciais que se insere a autoridade parental. Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuta-se para perspectiva dialógica, ou seja, encontra-se perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo”.

atribuído à pessoa diversa dos titulares da autoridade parental, na falta ou impedimento destes, para dirigir a educação e o sustento, zelar pela integridade psicofísica e administrar os bens do menor incapaz” (TEPEDINO, 2021, p. 399). Portanto, trata-se de uma forma de proteção que é conferida à criança e ao adolescente em razão do critério etário, não sendo objeto de estudo deste trabalho.

A curatela, por sua vez, é um instituto que também vai conferir proteção jurídica à prática de atos da vida civil, configurando-se “como o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 876). Na curatela, portanto, observa-se que é estabelecida uma relação de dependência entre a pessoa curatelada e o seu curador, em que este atua como um representante da pessoa que não apresenta capacidade jurídica plena em razão da sua saúde mental, já que impossibilitado está em apresentar discernimento ou manifestar vontade plenamente.

Nesse contexto, observa-se que o instituto da curatela tem intrínseca relação com o foco de estudo da presente pesquisa, qual seja, a autonomia da pessoa com deficiência para o exercício da capacidade de fato em razão da sua saúde mental, autonomia essa que é limitada a partir dos critérios estabelecidos no Código Civil.

No entanto, apesar de sua relação com o tema que ora se estuda, em razão do recorte metodológico que é focado na teoria das capacidades em si, não será realizado aprofundamento sobre a curatela⁴⁰, bastando registrar, entretanto, que sua instituição é uma consequência jurídica do estabelecimento da incapacidade de fato, relacionando-se com situações de deficiência. Referido registro é importante tendo em vista que a representação ou assistência de pessoas tidas como incapazes é uma realidade imaginada desde o início da história da teoria das capacidades civis brasileira e seu estabelecimento, de início, é pautado no critério do discernimento.

⁴⁰ Conforme ensina Caio Mario da Silva Pereira (2016, p. 581), “a origem da curatela implanta-se no Direito Romano”. No nosso sistema jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 “sujeita à curatela os loucos de todo gênero, os surdos e mudos que não tivessem recebido educação adequada e os pródigos”. Já o Código Civil de 2002, atualmente em vigor, “sistematizou de forma diferenciada”, normatizando o instituto nos artigos 1.767 a 1.783 do Livro de Família somente aqueles que não se acham em condições de poder tomar conta de sua pessoa e de seus bens ou somente destes, ou, no caso da presente pesquisa, aquelas pessoas que não puderem exprimir sua vontade em razão da sua saúde mental.

Como se observa, no esquema da primeira codificação civil observa-se que há uma série de critérios que definem a limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato: a idade, critério etário, que não é objeto desta pesquisa; a manifestação da vontade; os vícios em tóxicos e bebidas; a prodigalidade e, por fim, o discernimento completo ou parcial tomado sob o paradigma da saúde mental, e que unicamente interessa à presente discussão.

No Código Civil de 1916, chama atenção a preocupação do legislador com aquelas pessoas que não gozam da plenitude da sua saúde mental, configurada na opção pelo uso da expressão “loucos de todo gênero”, denotando uma aproximação entre Direito e Medicina, já que o ramo da Psiquiatria se ocupa dos cuidados médicos voltados à mente humana ou, no senso comum, à loucura.

Referida expressão foi alvo de controvérsias. Clóvis Beviláqua, autor do Código, havia sugerido, originalmente, o uso da expressão “alienados de qualquer espécie”, julgando a versão final, utilizada como critério de hipótese de incapacidade absoluta, como inadequada, pois “só os casos de insanidade mental permanente ou duradoura, que se caracterizem por grave alteração nas faculdades mentais, deveriam conduzir à incapacidade, sendo aplicável o instituto da curatela” (LARA, 2020, p. 76).

Como se observa nas disposições do artigo quinto, não é feita qualquer distinção sobre o tipo ou grau de loucura – deficiência intelectual-, que dá ensejo à incapacidade, bem como não é possível estabelecer a possibilidade de existência de transtornos transitórios, conforme proposto por Teixeira de Freitas. Esses atos que afetam de maneira temporária as faculdades mentais da pessoa ensejariam vício aos atos por ela praticados durante sua ocorrência, sendo, portanto, um equívoco do legislador a sua falta de previsão (LARA, 2020). Logo, essa “restrição total da capacidade de exercício aos absolutamente incapazes negava a própria personalidade em seu sentido de valor à pessoa, uma vez que não lhe permitia atuar como sujeito autônomo na vida de relações.” (ALMEIDA, 2021, p. 34).

Nesse sentido, ensina Francisco Pereira de Bulhões Carvalho (1957, p. 261-262) que “além dos casos de incapacidade legal enumerados nos arts. 5 e 6 do Código Civil, haveria a incapacidade natural, nos casos invocados de estados transitórios de inconsciência fora da loucura propriamente dita”. Assim, completa Mariana Alves Lara (2020), a lacuna na disposição legal que restou comprovada, seria solucionada, abarcando casos como embriaguez completa,

sonambulismo ou outras perturbações e inconsciências totais momentâneas, gerando a nulidade dos atos praticados durante esse estado, aplicando-se, de maneira analógica, as mesmas restrições previstas para a incapacidade dos loucos. Nesse contexto:

A alusão a “loucos” (interditos ou não) não compreenderia nem os casos de perturbação mental transitória (por delírio febril etc.), nem os de parada de desenvolvimento psíquico (idiotia) ou de degeneração psíquica ou fraqueza de espírito, que, segundo o direito francês (art. 499, do Cód. Civil) ou italiano (art. 329), justificariam, não um regime radical de interdição com incapacidade absoluta do agente, mas apenas um simples conselho judiciário, ou inabilitação, com incapacidade mitigada. (CARVALHO, 1957, p. 241).

É importante observar que a incapacidade absoluta, que abarca os loucos de todo gênero em suas hipóteses de ocorrência, baseia-se no critério psicológico, ou seja, no critério do discernimento, ainda que este não tenha sido expressamente positivado. No entanto, conforme restou demonstrado nessa contextualização da codificação civil, essas hipóteses foram pensadas, desde o início, para abarcar pessoas que apresentam deficiências intelectuais e, portanto, incapazes de sustentar condições plenas de saúde mental para os atos da vida em sociedade.

A crítica que se faz nessa questão é que o discernimento em si, ainda que sob a ótica da saúde mental, ou seja, eminentemente biológica, coloca em uma espécie de “caixinha da loucura” aquelas pessoas que, juridicamente, não apresentavam a integralidade das faculdades mentais por motivos de doença.

Como já se observou no capítulo anterior, essa concepção de que a deficiência intelectual configura-se como uma doença, sendo compreendida apenas sob o viés médico, é superada e, conseqüentemente a forma social, médica e jurídica de compreender a saúde mental passa a ser alterada. Há uma orientação mais humanizada e uma verificação biopsicológica, o que era possível, mas ainda não ocorria no advento do Código Civil de 1916.

Naquela época, a teoria das capacidades civis normatizou de maneira objetiva e geral, como se uma única coisa fosse, as mais diversas formas de manifestação de transtornos mentais que a Medicina já era capaz de esquematizar. Resta demonstrado que, ainda que caminhando ao lado dessa outra área do conhecimento, pois somente por meio de comprovações pela via da perícia médica é que se estabelecia a incapacidade, a harmonização efetiva

de ambas no tocante à regulamentação jurídica da pessoa com deficiências intelectuais, ainda deixava a desejar, carecendo de maior aprofundamento em sua previsão legal.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que a ideia do legislador, de oferecer *proteção* àqueles que, em razão da sua saúde mental, não apresentariam condições plenas para realizar atos da vida civil, sob o véu da figura da incapacidade absoluta, estava correto, haja vista que a sociedade, de modo geral, invisibilizava, marginalizava, discriminava e ocultava essas pessoas. No entanto, essa visão extremamente objetiva da saúde mental, ainda que sustentada na origem pela noção de um viés protetivo, pautado na exceção da incapacidade, enseja a reflexão sobre a maneira como aquelas pessoas eram vistas no seio social.

Destaca Mariana Alves Lara (2020), que somente em 3 de julho de 1934, com o Decreto n.º 24.559, que “dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos”, por exemplo, houve a normatização da situação dos psicopatas para que estes pudessem ser declarados como absoluta ou relativamente incapazes, após realização de perícia médica que deveria avaliar o estado mental dessas pessoas.

Ainda sobre o Código Civil de 1916, Vitor Almeida (2021), destaca que a expressão *loucos de todo gênero*, utilizada por ele para estabelecer incapacidade absoluta enraíza-se no século XIX, é firmada no século XX, com essa primeira codificação, e perdura por todo esse período até ser abolida somente no século XXI, mais precisamente em 2002, com o novo Código Civil. Nesse sentido:

A adoção da expressão *loucos de todo gênero* no Código Civil de 1916 é representativa, portanto, do mecanismo de controle social guiado pelo poder médico e legitimado pelo mundo jurídico, uma vez que os consideravam absolutamente incapazes para os atos da vida civil, retirando-lhe qualquer possibilidade de participação social (ALMEIDA, 2021, p. 32).

O uso dessa expressão no Código Civil de 1916 é influência direta do Código Civil Criminal criado em 1830 na época do império. Esse Código Criminal estabelece uma relação entre a loucura e a criminalidade “ascendente no período oitocentista e que revela que a nascente psiquiatria atuou como instância

de controle social da normalidade”. Desse modo, a política criminal brasileira via na pessoa do doente mental o ser que era perigoso para a vida em sociedade, chamado de delinquente e, a partir desse entendimento, estabelecia sua linha de atuação (ALMEIDA, 2021, p. 67).

Inspirado nos preceitos clássicos da escola penal de Cesare Beccaria em 1767, que preceituava, dentre outras coisas, que o caráter retributivo do direito penal era ligado à ideia de livre-arbítrio e responsabilidade, a prática delituosa da pessoa que apresentava deficiências intelectuais era um ponto de reflexão. Isso, porque o Código Criminal do Império⁴¹ estabelecia que *os loucos de todo gênero* não seriam compreendidos como criminosos, com exceção dos casos em que apresentarem intervalos de lucidez. No entanto, atestar a loucura de uma pessoa era tarefa que não cabia à Medicina, mas, somente ao juiz e ao júri (ALMEIDA, 2021).

Em seu artigo 12, o *Código Criminal do Império do Brazil*, previa que “os loucos que tiverem cometido crimes, serão recolhidos às casas para elles destinadas, ou entregues às suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente” (BRASIL, 1830). No entanto, na época, ainda não havia instituições para que esse recolhimento fosse realizado, sendo que o primeiro local com essa finalidade específica data de 1852, ou seja, mais de vinte anos após a entrada em vigor do referido código. Merece destaque, de todo modo, que o recolhimento dessas pessoas retrata uma prática higienista em que o louco deveria ser retirado do convívio social, sendo que “essa estratégia alienista permaneceu durante muito tempo sem uma lei que a respaldasse, apesar do pleito dos médicos por uma regularização dos termos de admissão dos loucos nos asilos”, revelando, portanto, “um anseio pela ampliação do poder de intervenção médica” (ALMEIDA, 2021, p. 70). Nesse sentido:

O Código Criminal do Império foi alvo de críticas em relação ao modelo de intervenção penal destinado aos loucos, sobretudo, por não contemplar a necessidade do perito-psiquiatra para avaliação do estado mental do criminoso, o que propiciava um poder excessivo ao juiz, e por não existir um local específico para os loucos criminosos. Buscava-se a criação de manicômios judiciários e a regulamentação da psiquiatria como especialidade médica, o que revela a forte influência da institucionalização e do saber psiquiátrico nesse período. Ademais, o Código Criminal de 1830 somente contemplava o alienado

⁴¹ Art. 10. Também não se julgarão criminosos: [...]

^{2º} Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. (BRASIL, 1830)

que cometia um ato criminoso, sendo considerado insuficiente, por não abarcar os loucos não perigosos. [...] A categoria genérica e ampla dos “loucos de todo gênero” utilizada no Código Criminal do Império “precisava ser delimitada”, pois receoso se encontrava o legislador de manter uma fórmula de “amplitude inconveniente e perigosa”. (ALMEIDA, 2021, p. 70-71).

É nesse ponto que se pode observar uma lógica do Código Criminal com a teoria das capacidades proposta por Clóvis Beviláqua no Código Civil. Em 1890, o Decreto n.º 847, que promulgou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, adotou em seu artigo 27, §4^o⁴², o entendimento de que não são criminosos aqueles que “se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência” ao cometer um crime (BRASIL, 1890). Assim o Código Civil de 1916 propõe a lógica da intensidade do discernimento – se era completo ou incompleto – para estabelecer incapacidade absoluta ou relativa; o Código Penal de 1890, por sua vez, segue o critério da “intensidade da perturbação”, sendo que esta haveria de “ser completa e não qualquer, porque só aquela tira ao indivíduo a consciência do ato ou a liberdade da determinação” (ESCOREL, 1905 *apud* PERES; NERY FILHO, 2002, p. 339).

Ensina Vitor Almeida (2021, p. 72) que houve um elástico da interpretação desse dispositivo para que houvesse a possibilidade de se abarcar a variedade existente de casos de inconsciência, incluindo nesse entendimento, os loucos de todo gênero, assim, “com o novo Código, portanto, ampliou-se a noção de loucura e a atuação dos peritos psiquiátricos nos tribunais brasileiros, tornando-se a perícia a prova mais fundamental da alienação mental”, já que à Medicina cabe a competência para avaliar os casos de alienação mental, “razão por que em todos os casos patológicos os exames médicos são as provas reconhecidas como as mais legítimas e precedentes” (ESCOREL, 1905 *apud* PERES; NERY FILHO, 2002, p. 340).

Mais uma vez, convém destacar que, do ponto de vista biológico, dentro da ideia de modelo médico de deficiência que vigorava na época, essa legitimação que o Direito dá à atuação da Medicina por meio da perícia médica de saúde mental, é compreensível. Ainda hoje é à Medicina que se recorre e é ela que sustenta a competência para a avaliação da saúde mental em termos de funcionamento do cérebro em toda sua amplitude. No entanto, até mesmo pela

⁴² Art. 27. Não são criminosos: [...]

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime; (BRASIL, 1890).

forma de tratamento ensejador de ocultação que a pessoa com deficiência intelectual sofria, havia a necessidade dessa visão médica ser realizada de uma maneira mais humanizada e criteriosa, que não enxergasse apenas uma patologia determinando os comandos da vida de uma pessoa, mas uma pessoa que poderia conviver em sociedade mesmo com uma patologia que influenciava em seu estado mental.

Enquanto na esfera penal discutia-se a amplitude da expressão loucos de todos os gêneros, com sua conseqüente mudança de interpretação e redação para a noção de privação de sentidos; na esfera civil a discussão pairava sobre a compreensão da possibilidade de exercício autônomo de atos da vida civil por aqueles que apresentavam deficiências intelectuais. Nesse sentido, Vitor Almeida (2021, p. 72), destaca que “a inimputabilidade e a incapacidade eram retratos da absorção jurídica da ideia de pessoas com deficiência como anormais, e que, portanto, deveriam ser excluídas da responsabilidade penal e do governo de sua própria vida”.

Nota-se que a pessoa com deficiência em razão da sua saúde mental, de maneira quase que automática, a partir desta constatação, era vista como incapaz juridicamente. Além disso, essa incapacidade era firmada na noção de que, em razão da deficiência, a pessoa não tinha autonomia para realizar absolutamente nada, já que destoava de um padrão de normalidade. Assim, se não era vista como um ser com possibilidade de exercer sua autonomia, estava incapacitado para exercer atos da vida civil, tendo em vista que isso refletia a realidade de que a deficiência não lhe garantia o poder de discernir.

Nesse sentido, observa-se que, desde Teixeira de Freitas, a teoria das capacidades civis pensada para o direito civil brasileiro, segue determinadas fontes de inspiração e acaba por se revelar imprecisa. Teixeira de Freitas normatizou as espécies de alienação mental de seu Esboço baseado no que havia sido formulado por Philippe Pinel e, posteriormente adotadas pelo psiquiatra francês Jean-Étienne Dominique Esquirol, que assim, determinava quem eram os alienados e em que medida e, conseqüentemente, quem eram os incapazes e em que medida, bem como quais conseqüências jurídicas haveria, ressaltando, de todo modo, quão grave era o reconhecimento dessa alienação mental e a privação de administração dos bens (ALMEIDA, 2021). No entanto:

Apesar de demonstrada a preocupação com a gravidade da medida de

declaração de incapacidade absoluta e, por conseguinte, da nomeação do representante necessário, **o que descortina a severidade de sua imposição, por outro lado, apega-se ao reinante discurso psiquiátrico, na medida em que avulta a importância do exame de sanidade**, nos termos do art. 82 do projeto Teixeira de Freitas. O Esboço revela, portanto, uma sintonia com o emergente campo da psiquiatria, já que adota a classificação da alienação com base em Pinel e Esquirol, o que sinaliza a simbiose entre os poderes médico e jurídico como instrumentos de exclusão da pessoa então denominada de alienada. (ALMEIDA, 2021, p. 76, grifo nosso).

Mesmo não considerando que a expressão loucos de todo gênero era a melhor e a mais adequada para ser adotada no Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua não estabeleceu uma censura ao seu uso adotado pela Comissão Revisora do seu projeto, argumentou-se que essa expressão era costumeira e tradicional no direito brasileiro e, portanto, o uso estaria justificado. No entanto, seu uso, que existia no Código Criminal do Império em 1830, foi abolido no Código Penal de 1890. Essas constatações revelam a dificuldade que paira na compreensão jurídica do que vem a ser a loucura (ALMEIDA, 2021).

Nesse contexto, para Clóvis Beviláqua (1953, p. 148), o “diagnóstico importa ao médico; ao jurista o que interessa é a vida social, que pode ser perturbada pela ação dos alienados”. Portanto, esclarece Vitor Almeida (2021), que a alienação deveria apresentar uma incompatibilidade com a convivência no meio social, o que denota que havia uma preocupação com a sociedade e não com o indivíduo em si, compreendido dentro de uma noção de vulnerabilidade que necessitava de proteção. A deficiência era vista por um viés autoritariamente médico.

A observância das discussões que surgiram em torno do uso da expressão loucos de todo gênero pelo Código Civil de 1916 é importante para demonstrar a existência de uma “imprecisão da linguagem” que reflete “o próprio embate no discurso psiquiátrico acerca da loucura” (ALMEIDA, 2021, p. 79). Afinal, a transição entre retirada do convívio social de pessoas que fogem ao padrão de normalidade para um olhar mais humano, protetivo – de fato – e promocional, ainda iria percorrer um longo caminho, tanto na ciência jurídica quanto na Medicina. Nesse sentido:

Uma vez que o Código Civil de 1916 incluiu os loucos de todo gênero entre os absolutamente incapazes, considerando os atos por eles praticados nulos (art. 145, I) e transferiu sua representação aos curadores para os atos da vida civil (art. 84), **estabeleceu-se uma confusão jurídica entre incapacidade, insanidade mental e interdição, que ao longo do século XX eclipsou os direitos das**

peças com deficiência intelectual, que permaneceram à margem do Direito, com suas vontades e desejos negados, na maior parte das vezes, reforçando a segregação e exclusão sociais decorrentes do discurso médico iniciado séculos antes. Indispensável registrar que a utilização de expressão tão genérica e flexível permitiu a forte penetração do discurso psiquiátrico que condicionou por meio dos laudos periciais a determinação do estado de incapacidade⁴³. (ALMEIDA, 2021, p. 79, grifo nosso).

Nota-se, portanto, que o Direito caminhou no sentido de dar maior autoridade ao discurso médico, ao modelo médico de deficiência, não preocupando-se em observar a saúde mental sob um aspecto mais abrangente, para além do biológico-patológico.

Nesse sentido, a partir desse estudo teórico acerca do Código Civil de 1916, é possível observar que o legislador buscou, dentro de seu âmbito de competência, qual seja, o jurídico, valer-se de dogmáticas de outras áreas do conhecimento, nesse caso, a área da saúde, para, a partir disso trabalhar a teoria jurídica das capacidades.

A consequência, como se observa, é que o Código Civil de 1916 trabalha a ideia do discernimento como critério. Na epistemologia adota pela teoria das capacidades civis na época, o discernimento era traduzido na expressão loucos de todo gênero que, por sua vez, configurava pessoas que, em razão da saúde mental, não apresentavam um completo estado de consciência. Em razão disso, concluía-se que sua autonomia para exercer atos da vida civil restava comprometido e, por isso, a sua capacidade civil deveria ser limitada de maneira absoluta.

Essa ideia de limitação da autonomia para o exercício da capacidade, por sua vez, não era realizada de maneira automática. Recorria-se à Medicina que, por meio da perícia psiquiátrica, fornecia a legitimação desse tipo de situação e todo esse movimento tinha o cunho de proteger a pessoa com deficiência mental.

No entanto, essa noção de que qualquer indício médico de loucura deveria ser civilmente silenciado confere uma roupagem limitante à essa primeira utilização do discernimento como critério. A pessoa é um mero objeto da Medicina, que cuida da doença e não do ser humano em sua integralidade. O Direito legitima isso emprestando uma roupagem jurídica que legitima essa visão. O resultado disso é uma proteção traduzida no paternalismo, no

⁴³ Art. 450. Antes de se pronunciar acerca da interdição, examinará pessoalmente o juiz o argüido de incapacidade, ouvindo profissionais. (BRASIL, 1916).

preconceito e no ocultamento. Era uma forma protetiva fácil de lidar com a pessoa com deficiência já que partia-se da capacidade, mas, ao se constatar o menor indício que enseja a incapacidade, a autonomia era retirada e o silenciamento era o resultado final.

Nesse sentido, conclui-se que o critério do discernimento, nessa primeira acepção não se coaduna com o que atualmente é estabelecido como propósito pela Carta de Nova Iorque em seu primeiro artigo. Conforme visto no decorrer da seção 2, hoje, essa ideia de discernimento sustentada na teoria das capacidades vigente no Código Civil de 1916, apesar de valer-se do paradigma da saúde mental, desconsiderava a observância de aspectos físicos, intelectuais e/ou sensoriais da pessoa com deficiência intelectual.

Além disso, a configuração da capacidade, denotada na limitação absoluta do seu exercício autônomo de atos, não buscava colocar a pessoa com deficiência em uma participação social plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas. Notava-se uma retirada da sociedade ou um tratamento medicinal e jurídico que pouco observava o viés dos direitos humanos e reforçava a ideia de vulnerabilidade em sentido negativo em vez de se apresentar como uma forma de reconhecimento de pluralidade.

A loucura de todo gênero, ademais, é um critério sociológico, calcado na noção de ideal de perfeição de vida social, em que qualquer pessoa que apresente faculdades mentais destoantes de um padrão que impera na sociedade – sejam elas consequências ou não de uma doença – precisam ser extirpadas, ocultadas, silenciadas, marginalizadas, enfim, qualquer coisa que as desqualifique enquanto pessoa.

A consequência da incapacidade absoluta é nefasta, pois retira da pessoa a sua condição de autogoverno sobre as regras de condução da sua própria vida e, em razão disso, caberia ao Direito, estabelecer uma normativa capaz de sustentar um critério que permitisse a avaliação da gradação das faculdades mentais de uma pessoa, sem se submeter ao crivo único da Medicina. Por essas razões, a necessidade de mudança acerca do estabelecimento dos critérios de reconhecimento de incapacidade tornaram-se inevitáveis.

Apesar de ser considerado por Beviláqua como um Código avançado para a época, mesmo com a sociedade brasileira carregada de heranças do período colonial, o país passava por intensas modificações sociais. Assim como a própria Medicina em sua compreensão da saúde mental, e a teoria das capacidades

civis precisava se adaptar às novas realidades, o que culminou na elaboração do Código Civil de 2002 (ROBERTO, 2008, p. 62).

3.2.2 O critério do discernimento a partir de 2002

O Código Civil de 1916 ficou em vigor no Brasil por mais de oitenta anos e, com o passar do tempo, as normativas do direito civil brasileiro precisaram passar por reformulações, de modo a se adequar, ao desenvolvimento da sociedade e à crescente complexidade das relações sociais. No tocante à teoria das capacidades civis, uma nova roupagem ao critério do discernimento também se mostrava de grande importância.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 passou por algumas tentativas de reforma. Em 1930, foram realizadas apenas sugestões de modificação de seu texto (LARA, 2020). Em 1940, uma proposta de projeto de novo Código, que não obteve sucesso, foi encomendada à Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães pelo governo. Posteriormente, Orlando Gomes realizou um anteprojeto que foi revisto pelos juristas Caio Mário da Silva Pereira e Orozimbo Nonato e apresentado como projeto de Código Civil em 1963, que, ao fim, recebeu inúmeras críticas e nem sequer foi submetido à votação no Congresso Nacional (ROBERTO, 2008).

Já em 1967, coube a Miguel Reale, com auxílio de outros juristas como José Carlos Moreira Alves, a elaboração de um novo projeto que, após um longo processo, foi aprovado na Câmara dos Deputados em 1983. Porém, referido projeto permaneceu engavetado no Congresso Nacional e somente após a promulgação da Constituição da República de 1988 é que foi, finalmente, aprovado no ano de 2001, transformando-se, em 10 de janeiro de 2002, no Código Civil, por meio da Lei 10.406 (ROBERTO, 2008).

A teoria das capacidades civis, no Código Civil de 2002, segue a mesma linha de raciocínio do anterior. A saúde mental é um paradigma para a escolha de critérios para estabelecimento da incapacidade de fato. Porém, a partir desse Código Civil, o discernimento deixa de ser tratado como uma espécie de fundamentação e orientação indireta e passa a constar de maneira expressa em seu texto.

Assim, o Código Civil de 1916 deixa de vigorar com a promulgação do Código Civil de 2002. No entanto, esse último, em relação às incapacidades, na

teoria das capacidades civis, acabou mantendo os contornos do anterior, trazendo apenas novas formulações referentes às hipóteses de incapacidade absoluta e relativa (CARVALHO, 2018, p. 27). Nesse sentido, é que se observa das disposições contidas nos artigos 3º e 4º:

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.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Como se observa, em relação ao Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 parece ter experimentado uma maior observância do desenvolvimento da Medicina acerca da saúde mental. É possível notar o uso de termos que remetem à gradações – fornecidas pela área da saúde – de eventuais transtornos mentais e a forma como estes afetam o discernimento humano. Logo, há a ampliação da objetividade primeva que a expressão *loucos de todo gênero* apresentava. Vejamos:

Quadro 1: Quadro comparativo de mudanças na teoria das capacidades civis brasileira

SISTEMA DE (IN)CAPACIDADES	
CÓDIGO CIVIL 1916	CÓDIGO CIVIL 2002
Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os 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.	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. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores	Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os

de vinte e um anos (arts. 154 a 156). II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. III. Os pródigos. IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz. (BRASIL, 1916).	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. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).
--	---

Fonte: Elaborado pelo autor.

Assim, de um código para o outro, as disposições foram ampliadas, deixando de simplesmente, se estabelecer a incapacidade absoluta para as pessoas que apresentem deficiências intelectuais de qualquer natureza. Entra em cena a figura da enfermidade e da deficiência mental atrelada à noção de discernimento, o que pode levar, equivocadamente, à ideia de que o discernimento estaria ligado apenas – considerando a origem dos termos na área da Medicina - à existência de uma doença ou enfermidade⁴⁴; e a deficiência intelectual, conseqüentemente, também seria fruto de uma patologia. O entendimento de que doença e deficiência possuem dogmáticas distintas, inclusive, já foi abordado no capítulo 2 desta pesquisa.

No sistema original do Código Civil de 2002, a incapacidade absoluta é imposta a partir de três causas: a idade, que não é objeto de estudo dessa

⁴⁴ “Para designar o estado mórbido de um modo geral, entretanto, prevaleceram na terminologia médica palavras de origem latina, populares ou semicultas, de livre trânsito entre médicos e leigos, como incômodo, padecimento, mal, afecção, doença, enfermidade, moléstia. As quatro últimas são as de maior uso no vocabulário médico. Originalmente cada uma delas caracterizava um aspecto particular da perturbação da saúde, o que estava implícito em sua própria etimologia. [...] Doença, em latim, era designada por *morbus*, i, donde mórbido, morbidade, morbífico, morbígeno etc. A palavra doença procede do latim *dolentia*, de *dolens*, *entis*, particípio presente do verbo *doleo*, *dolere*, sentir ou causar dor, afligir-se, amargurar-se.

Enfermidade corresponde ao latim *infirmas*, *atis*, de *infirmus*, que, por sua vez, resultou da fusão do prefixo *in* (negação) + *firmus*, firme, robusto, saudável. Denota, portanto, debilidade, fraqueza, perda de forças. [...]

Assim sendo, cada uma das palavras em estudo tinha originalmente seu conteúdo semântico próprio. Afecção expressava as modificações sofridas pelo organismo resultantes da ação de uma causa; doença traduzia o sofrimento, a dor que acompanha os estados patológicos; enfermidade caracterizava o enfraquecimento, a debilitação do organismo e moléstia refletia a sensação de desconforto e mal-estar que acompanha o estado mórbido. [...] As tentativas de manutenção das diferenças semânticas entre essas quatro denominações, tanto no passado como no presente, têm sido infrutíferas, sem qualquer resultado prático”. (REZENDE, 2014, p. 385-386).

pesquisa; a enfermidade ou deficiência mental e o discernimento, compreendidos dentro do gênero saúde mental e, portanto, objeto deste estudo. Assim, tem-se que essas hipóteses vão se desdobrar na situação dos “a) menores de 16 anos; b) os enfermos da mente; c) os que não puderem exprimir sua vontade” (PEREIRA, 2016, p. 230).

Sobre a incapacidade absoluta, que não permite gradações acerca da saúde mental, Lara Antunes de Souza (2018, p. 214-215), destaca que o “transtorno mental pode retirar totalmente o discernimento para alguns atos da vida, o que não importaria a interdição total” e, sustenta a autora, que o instituto da curatela, nesse caso, portanto, deve ser aplicado a qualquer pessoa “que tenha sua incapacidade reconhecida em razão da saúde mental que não lhe permite o total discernimento”, posto que a curatela deve ser compreendida como um meio protetivo útil.

É importante destacar que discernimento e impossibilidade de expressão de vontade são critérios contidos nessa codificação, no entanto, dentro das discussões que envolvem a incapacidade de fato da pessoa em razão da saúde mental, o discernimento é o critério que chama mais atenção por se revelar ajustado ao paradigma da saúde mental.

Por uma questão didática, o critério da expressão de vontade será tratado no próximo tópico, haja vista que a discussão em seu entorno passa a ganhar força no ano de 2015, com as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. No entanto, vale destacar que ambos exerciam consequências distintas no tocante ao reconhecimento da incapacidade de fato, já que anunciavam situações como leves, moderadas, graves e/ou temporárias, a depender de um diagnóstico médico. Nesse sentido:

A enfermidade e a deficiência mentais costumavam importar em incapacidade absoluta, e entendia-se genericamente abrangido pelo Código Civil qualquer estado de insanidade. A questão da fixação do alcance da alienação mental quanto à incapacidade do paciente é árdua, tanto na ciência jurídica quanto na ciência médica, em razão da imensa diversidade que podem assumir os estados patológicos e a gradação variadíssima de sua extensão nas qualidades psíquicas do enfermo, desde a esquizofrenia declarada e franca, facilmente perceptível pelo aspecto de seu portador até os distúrbios menos pronunciados, que só a experiência do especialista consegue diagnosticar. (PEREIRA, 2016, p. 232).

Ao adotar a expressão *enfermidade mental* em seu texto, o Código Civil de 2002, buscava abranger a deficiência mental proveniente de uma doença que,

como consequência, poderia atingir o trato cerebral da pessoa e, em decorrência desse fato, acabaria por retirar “a perfeita avaliação dos atos” que viesse a praticar. Tendo em vista que a menção ao termo *deficiência mental* ocorre também no artigo 4º, observa-se que “dependendo do grau de deficiência a ser verificado por perícia⁴⁵ médica, entendia-se ser o caso de incapacidade absoluta ou relativa”, sendo reconhecida a incapacidade absoluta para aquelas pessoas “a quem faltasse, de modo completo, o discernimento” (PEREIRA, 2016, p. 233).

Como consequência do reconhecimento da falta de plenitude da saúde mental da pessoa, que é feita por meio de um processo regular, haveria o reconhecimento pelo juiz, da necessidade de se realizar a interdição e nomear curador para que essa pessoa pudesse, por meio dele, exercer os atos da vida civil. Ressalta Caio Mário da Silva Pereira (2021, p. 233), no entanto, que a sentença de interdição era apenas um documento declaratório, ou seja, “não era o decreto de interdição que criava a incapacidade, e sim a alienação mental”, razão pela qual essa circunstância deveria ser averiguada caso a caso, haja vista que o sistema jurídico é pautado na noção de que se parte da capacidade para se reconhecer a incapacidade.

A crítica a ser feita a esse sistema da interdição, entretanto, paira justamente sobre a forma como a saúde, ou melhor, a sanidade mental, é tratada pelo Direito. A perícia médica, dentro do seu âmbito de competência, é quem faz o reconhecimento da existência de transtornos mentais, sendo apta a indicar sua graduação e consequências para a saúde da pessoa. De posse dessas informações, na sentença de interdição, cabe ao juiz realizar a declaração sobre os atos da vida civil que determinada pessoa não pode exercer de maneira autônoma, reconhecendo sua incapacidade de fato. No entanto, em realidade, a observância das suas esferas de atuação não era observada, ocorrendo uma verdadeira morte civil da pessoa, que ficava à mercê da atuação integral de seu curador.

Esse tipo de situação ocorre como resultado da discriminação e da sujeição ao entendimento da Medicina, tendo em vista que a constatação de falta de plenitude das faculdades mentais cria para a pessoa com deficiência uma espécie de imagem da incapacidade plena, quando, na verdade, não o é, razão

⁴⁵ Citando José Taborda (2014, p. 44), Iara Antunes de Souza (2018, p. 232), explica que “perícia é ‘o conjunto de procedimentos técnicos que tenham como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da justiça”.

pela qual “a ideia de morte civil deve ser rejeitada” (SOUZA, 2018, p. 208). Ademais, trata-se de um problema cultural, com raízes históricas remotas, em que, diante da saúde mental comprometida, que não goza de um funcionamento integral, a pessoa interditada, é reduzida, primeiro no plano jurídico e, posteriormente no plano social, a uma incapacidade plena para todo e qualquer ato.

Nesse sentido, fica clara a importância de se realizar a distinção dos diferentes tipos de deficiência que podem acarretar em comprometimento da saúde mental. Assim, não há que se falar, ao ser invocada a ideia de discernimento, que a saúde mental pode ser resumida em verificar as consequências de uma demência, esta, por sua vez, aqui compreendida sob um viés médico, caracterizada pelo desarranjo cognitivo global das faculdades mentais (NETO; TAMELINI; FORLENZA, 2005).

No entanto, essa sujeição à simples constatação médica de um transtorno mental é o que se observa na prática e, desse modo, a interdição e a curatela são aplicadas “sem se investigar as consequências deste[s institutos] junto ao discernimento da pessoa” (SOUZA, 2018, p. 233). Nesse sentido:

A insuficiência de políticas públicas que contemplam vulnerabilidades específicas impede a efetivação do cuidado e tratamento de pessoas fragilizadas por toda sorte de deficiências. Em busca de alguma solução ou paliativo, a falta de informação adequada associada à carência material culmina por conduzir estas pessoas ao processo de curatela. O resultado é uma indústria de interdições mal conduzidas, embasadas em frágeis perícias, reproduzidas com um impressionante automatismo e acolhidas por magistrados cuja percepção imediata da indigência familiar se sobrepõe à necessária sensibilidade acerca da real necessidade de submeter as pessoas à curatela. Pode-se admitir que o desfecho do processo gere uma presumida vulnerabilidade da pessoa incapaz. Todavia, é inadmissível que a única saúde que o sistema propicie (ou tolere) para a tutela de uma pessoa vulnerada seja a naturalização da condição jurídica de incapaz. (SOUZA, 2018, p. 233-234).

Assim, por meio dos critérios adotados, foi o que o Código Civil de 2002 buscou fazer. Caio Mário da Silva Pereira (2016), explica que, no advento do Código Civil de 1916, ainda se trabalhava com a possibilidade de a pessoa com transtornos mentais apresentar a recuperação total da sua saúde mental e praticar atos reputados como válidos em episódios de lucidez. Já o Código Civil de 2002, em sua origem, não considerava essa opção. Assim:

A preocupação do legislador era estatuir a segurança social, e esta

ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quando estava mergulhado nas sombras da sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento. Funcionaria mal o sistema protetor se permitisse em cada caso a reabertura do debate, para recusar ou reconhecer validade ao ato, em atenção a maior ou menor intensidade da doença sobre o psiquismo do enfermo. (PEREIRA, 2016, p. 235).

Merece atenção, também, a impossibilidade de expressão da vontade como critério que estabelece a incapacidade absoluta, prevista no artigo 3º, inciso III, do Código Civil de 2002. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 236), trata-se de uma inaptidão que impeça a manifestação de vontade de uma pessoa de maneira temporária, já que a situação permanente teria a interdição como sua consequência⁴⁶, sendo “as hipóteses de embriaguez, sono hipnótico, traumatismos, além de outras, tais como um descontrole emocional significativo, estado de coma, transe mediúnicos, efeito de drogas”. Nesse sentido, completa Mariana Alves Lara que:

Em atenção às críticas de ausência de previsão legal expressa da incapacidade em caso de alteração temporária das faculdades mentais, introduziu-se a hipótese de incapacidade absoluta daqueles que, “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (art. 3º, III). A referida hipótese é tradicionalmente indicada pela doutrina nacional para os casos em que a pessoa se encontra, temporariamente, internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Carlos Roberto Gonçalves ampliou esse rol e citou como exemplos de causas que impedem temporariamente a manifestação da vontade: arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia, embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou substâncias alucinógenas, hipnose e outras causas semelhantes. (LARA, 2020, p. 83-84).

No tocante à incapacidade relativa, a codificação civilista de 2002, buscou observar a possibilidade de alterações nas faculdades mentais que não fossem integrais e por isso postulou no sentido de que “deve colocar certas pessoas em um termo médio entre incapacidade e o livre exercício dos direitos, que se efetiva por não reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-las totalmente de interferir nos atos jurídicos” (PEREIRA, 2016, p. 238).

Nota-se que o Direito sustenta a ideia de que as pessoas que preenchem

⁴⁶ Na redação original do Código Civil de 2002, atualmente revogada pela Lei 13.146/2015: Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental. (BRASIL, 2002).

os ditames desses dispositivos não gozam de autonomia para realizar determinados atos da vida civil. Aqui, o critério do discernimento aparenta ser capaz de limitar a autonomia para o exercício da capacidade a partir de gradações, em situações nas quais se observa que a pessoa possui autonomia reduzida e, em razão disso, no plano jurídico civil, sua capacidade deverá ser mantida com restrições.

De acordo com Mariana Alves Lara (2020, p. 83), esse novo tratamento dado às pessoas com deficiência mental ou intelectual, que considera as repercussões no discernimento e a intensidade da doença ou deficiência mental, foi um ponto abordado inclusive pela Comissão Revisora. De acordo com o relatório, percebe-se que o critério “atende ao princípio de que se deve tratar desigualmente situações desiguais”, já que pessoas com severos comprometimentos das suas faculdades mentais e pessoas com comprometimentos mais brandos merecem tratamentos distintos.

Já a noção de pessoa e personalidade, consideradas as mudanças na linguagem adotada, que se relacionam, também, com a dogmática da autonomia e da capacidade, apresentam uma ideia comum entre as duas codificações. Ademais:

Por fim, ainda dentro da discussão sobre o critério do discernimento do Código Civil de 2002, destaca-se a incapacidade relativa dos deficientes mentais e dos excepcionais. Mais uma vez, o legislador deixa a cargo da Medicina o subsídio para que essas hipóteses fossem aplicadas, tendo em vista que à Medicina cabe a competência para “definir e distinguir em que consiste a deficiência mental e o desenvolvimento incompleto, e diferenciar esses estados em relação aos excepcionais” (PEREIRA, 2016, p. 240).

Assim, nota-se que, ao normatizar o critério do discernimento a partir de 2002, o Direito Civil parece ter se limitado a transformar postulados médicos sobre discernimento em critérios jurídicos que vão influenciar nas noções, também jurídicas, de autonomia, personalidade e capacidade. O problema que se coloca diante desse fato é: até que ponto o Direito, enquanto área do conhecimento e, portanto, dotada de autonomia, em um plano prático, se submete aos comandos da Medicina para determinar a capacidade civil?

A resposta, parece óbvia, já que os termos utilizados no Código Civil de 2002 e, também, no de 1916, remetem à Psiquiatria e à Psicologia. No entanto, a argumentação que ora se faz tem apenas cunho reflexivo e não se configura

como uma crítica no sentido de que o Direito, em certa medida, perde autoridade para a Medicina, e sim no sentido de que o Direito deve buscar estabelecer uma harmonia com as demais áreas, atuando de maneira interdisciplinar, já que não cria conceitos dogmáticos, mas vale-se deles, a partir da autoridade das ciências que os criam, para estabelecer suas normativas. É o que se observa em relação à teoria das capacidades civis.

Nesse sentido, sintetiza Iara Antunes de Souza (2018, p. 210), que a partir de 2002, há o reconhecimento de que a todos é garantida a capacidade de direito, inclusive ao nascituro, já que esta é configurada como sinônimo da personalidade. Porém, “capacidade de fato ou de exercício pessoal desses atos, em maior ou menor grau, nem todos têm, dependendo do discernimento que decorre da idade ou da saúde mental” (SOUZA, 2018, p. 210).

No entanto, questiona a autora sobre a adequabilidade dos termos adotados – doença e deficiência mental – considerando os avanços na Medicina psiquiátrica e na Psicologia que não foram apreciados quando da aprovação desse novo Código. Nesse sentido, reflete:

Qual seria a nomenclatura adequada ao momento atual? Se o conceito não é jurídico, mas sim médico, a nomenclatura deveria seguir o gênero utilizado pela Medicina: transtornos mentais. Trazer o gênero na linguagem médica e psicológica, torna o tratamento jurídico de pessoas mais adequado. Afinal, se não é o Direito que conceitua o transtorno mental e nem determina em que grau o dito transtorno pode ou não afetar o discernimento, resta ao Direito adotar os conceitos e aplicar as medidas protetivas existentes, como, por exemplo, e se for o caso, a curatela. (SOUZA, 2018, p. 211).

Como se observa de todo exposto, o critério do discernimento descortina a ideia de inteligência, entendimento e racionalidade da pessoa com deficiência. Logo, não basta apenas que se apresente deficiência, enfermidade ou doença mental para que a incapacidade de fato seja estabelecida e limite o exercício autônomo de atos da vida civil. É necessário que, para além dessas constatações, haja implicações nas faculdades mentais da pessoa, implicações estas que lhe tiram a capacidade plena de entendimento, compreensão e pensamento concreto.

Nesse contexto, Benjamin Vieschi, ensina que, no tocante ao discernimento, em sua etimologia:

a forma substantiva responde ao verbo, conjugando-se com o sufixo -

mento, sobre a forma grega *-mentum*, atribuindo ação e efeito. Assim, observamos discernir como componente central no latim como *discernĕre*, entendendo a capacidade e habilidade de separar ou julgar em relação a um conjunto de coisas, formado pelo prefixo *dis-*, que se refere a remover uma coisa a partir de uma seleção, e o verbo *cervebe*, por separar. (VIESCHI, 2020, s.p.).

Assim, o termo é definido em seus vários significados como

2. Destreza para entender algo com grande facilidade; perspicácia; 3. Aptidão ou capacidade para entender determinadas circunstâncias; que consegue distinguir o certo do errado; 4. Habilidade para compreender algo com sensatez e clareza; 5. Designação de juízo ou entendimento. (LEXICO, 2022, s.p).

Ademais, o discernimento, foi um critério que ficou consagrado na teoria das capacidades justamente por permitir, pelo menos em teoria, a aferição da gradação dos impactos que transtornos mentais têm na saúde mental de uma pessoa. Inclusive, a própria expressão da vontade também deveria ser discernida, abarcando, também o critério - já que é justamente nos momentos de inconsciência, em que a vontade não pode ser manifestada, que a incapacidade de fato é relativamente reconhecida.

Ainda que passível de críticas, devido a sujeição, na prática, aos comandos da Medicina, Maria Claudia Cachapuz (2018), sustenta que a dicção do Código Civil de 2002 oferecia um critério orientador prévio, por meio da ideia do discernimento, que pauta-se em critérios científicos para determinar a construção do conceito de autonomia e, assim, definir a capacidade.

Essa discussão permite afirmar que a teoria das capacidades civis obrigatoriamente necessita de uma interdisciplinaridade. Talvez esse seja um ponto ainda nebuloso. Mesmo com as mudanças conceituais vocabulares envolvendo a situação da pessoa com deficiência intelectual, o Direito, ao se valer do paradigma da saúde mental e procurar na Medicina uma espécie de classificação para os estados de funcionamento não integral da mente; e, posteriormente conferir roupagem jurídica a elas, aparenta sujeitar-se aos seus comandos.

No entanto, é justamente nesse ponto que observa-se a diferença entre as duas áreas. Quando o Direito mostra que a realidade social e individual da pessoa com deficiência amplia o discernimento para além de uma simples questão de saúde biológica, ele se firma enquanto ciência que possui a competência de regular a vida das pessoas de uma sociedade, garantindo-lhe

seus direitos fundamentais.

O tempo todo destacou-se que o Direito recorre à Medicina para entender a autonomia da pessoa com deficiência e a Medicina, dentro das suas limitações de competência, fornece resposta que estão dentro desse limite. Mas essas respostas não são suficientes, apesar de sua importância.

Há que se ter uma mudança conjunta no entendimento social/cultural do que é, de fato, o discernimento de uma pessoa com deficiência. É necessário que essa ideia de discernimento compreenda que não ter posse da plenitude de faculdades mentais não permite, como ainda acontece, colocar a pessoa como louca, na acepção médica discriminatória do termo. E isso, infelizmente, é uma realidade! Por mais que avanços científicos estejam acontecendo desde o século XIX.

A nossa cultura perpetua esses freios argumentativos quando, por exemplo, se comunica dizendo “você está louco!”; “que loucura é essa?” em conversas informais que revelam determinadas reações humanas de pessoas “normais”. E quando uma pessoa diz que “fulano está louco por você”, para dizer que está apaixonado? Seria a paixão, uma falta de discernimento em algum grau?. A grande questão é que sem uma mudança cultural, e aqui caberia infinitas discussões nesse sentido, o critério discernimento, conclui-se, ainda soa como um simples reflexo médico.

Por fim, é importante destacar que, dentro do contexto e da maneira como foi colocado no Código Civil de 2002, o critério do discernimento, para esse autor, também não parece ser adequado aos propósitos da Carta de Nova Iorque, justamente por se mostrar adequado apenas aos postulados médicos sobre a saúde mental. Mesmo o Código Civil se valendo do paradigma da saúde mental e alterando a forma de tratamento jurídico destinado às pessoas com deficiência, a verdade é que a limitação ao exercício autônomo da capacidade de fato, em sua essência, recorre apenas à Medicina e à Psicologia, não garantindo uma observância de outros fatores biopsicossociais.

Fato é que, ao longo do tempo, a compreensão em torno da deficiência sofreu alterações e no tocante à teoria das capacidades civis brasileira há, também, uma alteração de critério. A partir do ano de 2015, após o advento da Carta de Nova Iorque, entra em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diante disso, o critério do discernimento deixa de ser adotado na teoria das capacidades, justamente por não ser capaz de abarcar, conforme exposto, a

amplitude biopsicossocial da saúde mental da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, convém averiguar, de que maneira é feita essa nova epistemologia da teoria das capacidades, a partir de 2015, por meio da adoção de um novo critério para determinar a limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato, conforme se verifica a seguir.

3.1.3 O critério da expressão da vontade a partir de 2015

A partir de 2015, o Código Civil de 2002 passa a adotar apenas o critério da expressão de vontade. Conforme visto, não se trata de um critério totalmente novo na teoria das capacidades civis, posto que, já se encontrava nas prescrições do texto do Código Civil de 1916 e de 2002. No entanto, a partir de 2015, com as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no texto do Código Civil de 2002, referido critério assume protagonismo na problemática da limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato.

Assim, com a entrada em vigor do referido diploma normativo em três de janeiro de 2016, o Código Civil apresenta, atualmente, a seguinte redação:

Art. 3º. São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil **os menores de 16** (dezesseis) anos.

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 e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, **não puderem exprimir sua vontade**;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Das mudanças realizadas, nota-se que foram abolidos os termos que faziam expressa referência à saúde mental, como *enfermidade*, *desenvolvimento* e *deficiência mental*, e sustentavam o *discernimento* como critério para o estabelecimento de limitações ao exercício autônomo da capacidade de fato. Na redação atual, o Código Civil apenas cita o critério da expressão de vontade, sem especificar se as situações que ensejam a incapacidade são efetivamente relacionadas ou não com o paradigma da saúde mental sob o viés apenas médico. É o que se observa no seguinte quadro comparativo:

Quadro 2: Quadro comparativo do sistema de incapacidades civis brasileiro pós Estatuto

SISTEMA DE (IN)CAPACIDADES	
CÓDIGO CIVIL 2002	CÓDIGO CIVIL 2002
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p> <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).</p>	<p>Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p> <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).</p>

Fonte: Elaborado pelo autor.

Pode-se verificar, também, que às pessoas absolutamente incapazes, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reservou apenas o critério etário. Podendo-se afirmar, portanto, que as situações de incapacidade de pessoas com deficiência, a partir de então, serão alocadas apenas na limitação jurídica relativa. Nota-se que, nesse momento, quando elege-se o critério da vontade, o legislador busca evitar que as situações de falta de plenitude de faculdades mentais, quaisquer que sejam, não devem acarretar em reconhecimento de absoluta incapacidade, evitando-se situações, como por exemplo, a morte civil da pessoa com deficiência, anteriormente citada.

No tocante à vontade, o filósofo Diogo Bogéa (2016, p. 154), ensina que “etimologicamente, vontade remete ao latim *voluntas* (desejo, ânimo), que

remonta a *volere* (querer)”. Logo, em um sentido dogmático e não-jurídico, exprimir vontade se relaciona com demonstrar um desejo. No entanto:

Juridicamente, a vontade representa o móbil na realização dos atos ou negócios jurídicos. Esta última é a que interessa ao Direito, tendo em vista que, por meio dela, o sujeito de direitos irá criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. (FARIA, p. 58, grifo nosso).

Trazendo a discussão para o plano jurídico, pairam dúvidas acerca da expressão da vontade como critério definidor de capacidade: ao adotar apenas a expressão da vontade como critério, o legislador brasileiro buscou apenas efetivar, no plano formal, a igualdade buscada pelas pessoas com deficiência ao longo do tempo? Partindo-se da verificação da saúde mental para o exercício de atos da vida civil, a expressão da vontade é capaz e adequada para que seja verificada a plenitude das faculdades mentais de uma pessoa que apresenta algum tipo de transtorno mental? Como aferir a capacidade de uma pessoa com deficiência que, em razão da saúde mental, a exemplo de uma pessoa com mal de *Alzheimer* em grau avançado, não apresenta condições de exercer de maneira autônoma e, portanto, discernida, os atos da vida civil? Ela seria, realmente, incapaz apenas relativamente?

É inegável que o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um importante passo na luta pelo reconhecimento dos papéis sociais dessas pessoas, em posição de igualdade com as demais, em um movimento de combate ao ocultamento e invisibilização que vêm sofrendo ao longo do tempo. No entanto, é necessário analisar se as alterações promovidas na teoria das capacidades civis brasileira atendem aos ideais de promoção e proteção sustentados pela Carta de Nova Iorque, razão de ser de sua existência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Fato é que, com a mudança nas hipóteses de estabelecimento de incapacidade de fato, o Estatuto da Pessoa com Deficiência recebeu inúmeras críticas. Ele revela-se como um diploma jurídico revolucionário, porém, falho, carecendo de alterações para que se adeque não apenas ao proposto de pela Carta de Nova Iorque, mas, também, ao contexto de realidade da pessoa com deficiência no Brasil, dentro da sua teoria das capacidades, considerando todo o contexto e a finalidade para qual foi formulada.

Conforme visto na seção 2.4, em que se apresentou o conteúdo do artigo

12 e o conceito de deficiência adotado no artigo primeiro da Carta de Nova Iorque, tem-se que não se estabelece de maneira expressa um critério de aferição de incapacidade na Convenção. O que o artigo 12 faz é estabelecer parâmetros que auxiliam no reconhecimento igual perante a lei de pessoas com deficiência.

Além disso, estabelece que os estados-partes da Convenção promovam uma adequação, estabelecendo salvaguardas apropriadas, em suas normativas, para que sejam assegurados às pessoas com deficiência o exercício da sua capacidade legal, reconhecendo-se, inclusive, que dela gozam essas pessoas.

Vale destacar, também, que ao tratar das salvaguardas adequadas, o artigo 12 explica que estas devem respeitar os direitos, as vontades e as preferências da pessoa com deficiência.

Desse modo, da leitura do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que ele buscou adequar o seu texto ao que dispõe a Convenção, o que não configura, de maneira automática, o cumprimento dos anseios da Carta de Nova Iorque.

Ao adotar o critério da vontade, o legislador parece estabelecer um limite normativo que não comporta os outros dois componentes do pilar de avaliação da capacidade, quais sejam, os direitos e as preferências da pessoa com deficiência, culminados, em conjunto, com a possibilidade de avaliação criteriosa de “todos os aspectos da vida” (UNITED NATIONS, 2007, sp.) da pessoa, que influenciam no exercício autônomo de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para David Salim Santos Hosni (2018), o Estatuto da Pessoa com Deficiência quis seguir a Convenção que o originou e buscou uma nova fundamentação teórica da incapacidade de fato que não se coaduna com a ideia sustentada pelo critério do discernimento adotado no sistema anterior do Código Civil. Destaca o autor que o Estatuto, em seu artigo 6º, prescreve que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (BRASIL, 2015), além de exemplificar situações em que o exercício dessa capacidade não pode ser cerceado, vejamos:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso

a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Ademais, aqueles que no sistema anterior figuravam como absolutamente incapazes, os quais não podiam exprimir vontade por causa permanente ou transitória, passaram para o rol dos relativamente incapazes. Com isso, pode parecer que houve, na nova redação, “uma desconsideração total do conceito técnico de incapacidade civil”, já que a teoria das capacidades civis brasileira “tem como elemento central a ideia de discernimento e possibilidade e a qualidade de expressão da vontade, não dizendo respeito a qualquer ideia de deficiência tal como pensada hoje” (HOSNI, 2018, p. 53).

Chama atenção a afirmação do autor sobre conceito técnico de capacidade civil. Se, desde o início, a teoria das capacidades civis, tecnicamente se valeu do paradigma da saúde mental e conferiu roupagem jurídica aos postulados médicos que relacionavam-se apenas com o funcionamento biológico normal do cérebro humano, esse conceito técnico é questionável. Conforme visto, o critério do discernimento não permitia uma avaliação da qualidade da vontade da pessoa com deficiência, lidando mais com uma vontade expressada em razão de consequências patológicas concretas de saúde mental, desconsiderando fatores biopsicossociais.

Em seu cerne, a teoria das capacidades preocupava-se com a possibilidade de exercício pessoal dos atos da vida civil por meio da ideia de discernimento, logo, na falta deste, surge a necessidade de proteção, ainda que indireta, oferecendo auxílio à pessoa. Nesse sentido, pode-se afirmar que as alterações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência realizou não observaram a técnica jurídica, além de ter feito uma interpretação equivocada do conceito de deficiência (HOSNI, 2018). Davi Hosni destaca que:

Se a ideia de discernimento diz respeito a uma situação intrínseca à pessoa, este conceito se esvazia quando a deficiência passa a ser identificada com a situação final de saúde, representada por elementos extrínsecos e intrínsecos à pessoa. Ou seja, se no modelo anterior do Código Civil havia uma causa inicial para a incapacidade, a qual causava a impossibilidade da prática dos atos da vida civil, tal modelo não pode conviver com a ideia de que a incapacidade não possui causa inicial e não se restringe a elementos intrínsecos à pessoa, sendo uma situação de construto social, onde são levados em consideração

diversos elementos. Se tivesse sido adotado o conceito do art. 2º do EPD e, ao mesmo tempo, fosse mantida a estrutura de incapacidades do Código Civil, haveria enorme hiato teórico que impossibilitaria a adequada apreensão do que é a incapacidade da pessoa com deficiência e uma eventual curatela. (HOSNI, 2018, p. 54).

O autor, como se observa, expõe que há uma discrepância na compreensão do legislador sobre o que levaria ao reconhecimento da incapacidade de fato, já que, diferente do sistema anterior, em que o discernimento poderia ser explicado, em sua falta, por meio de perícia médica e ainda era possível analisar outras barreiras e consequências ao exercício de atos da pessoa em decorrência disso; o sistema atual é falho ao não normatizar, de maneira clara, o que leva à incapacidade quando uma dinamicidade de elementos são considerados para sua constatação.

Concorda-se com o autor no ponto em que ele afirma que a incapacidade pode ser aferida por uma dinamicidade de elementos. No entanto, discorda-se com sua afirmação de que o critério do discernimento permitia a análise de outras barreiras. Como bem observado pelo jurista, a perícia médica – unicamente – fornecia elementos ao Direito Civil para que a incapacidade de fato fosse estabelecida, ou seja, apenas a repercussão da saúde biológica era levada em consideração.

Mesmo que para a Medicina, o conceito de saúde envolva a integralidade de bem estar físico, mental e social, a forma como o critério do discernimento estabelecia a incapacidade não comportava esses três elementos. Nota-se, conforme demonstrado, que, principalmente o elemento social, que confere uma vivência em sociedade pautada na igualdade e na não discriminação, revelou-se como descortinador de ocultamento e marginalização de pessoas com deficiência. Conforme também afirmado, mesmo que o discernimento tenha essa possibilidade de fruição em sua essência, na prática, era um critério que não garantia a efetividade de direitos e a inclusão social da pessoa com deficiência.

Para David Hosni (2018), não prospera, também, o argumento de que houve um mero equívoco do legislador que confunde “o conceito técnico-jurídico de incapacidade civil e um conceito de incapacidade na teoria das deficiências”, de fato, há uma inconsistência na assimilação normativa dos conceitos, descortinada numa atecnia jurídica. Desse modo, é necessário maior detalhamento interpretativo do Estatuto, de modo que se esclareça como deve ser feita a tratativa dos diversos tipos de deficiência, sendo o caso de pessoas

com deficiência mental grave, o mais desafiador (HOSNI, 2018). Desse modo:

O EPD não adota uma abordagem totalmente social, pois também leva em consideração a influência dos estados de saúde e das disfunções e perdas estruturais na avaliação final da deficiência. Assim, é contraditório a lei adotar este conceito e, ao mesmo tempo, estabelecer que todas as pessoas com deficiência possuem capacidade volitiva suficiente para tomarem suas próprias decisões, ainda que apenas de cunho existencial. [...] Assim, ao ignorar que há elementos de determinadas formas de deficiência que não podem ser contornados por mudanças sociais, a nova sistemática das incapacidades e da curatela *retira* dessas pessoas a *proteção* que a lei conferia. (HOSNI, 2018, p. 55).

Portanto, observa-se que o autor entende que as mudanças perpetradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, na contramão dos propósitos da Carta de Nova Iorque, não elegeu um critério adequado para a teoria das capacidades. Logo, ao definir o que enseja a incapacidade de fato, resulta em um diploma normativo que busca proteger e promover a pessoa com deficiência e acaba por deixá-las, em relação à redação anterior do Código Civil de 2002, desprotegidas.

Mariana Alves Lara (2020, p. 91-92), por sua vez, também pontua a situação das pessoas com deficiências intelectuais. Segundo a jurista, não se deve esquecer que a capacidade de fato plena é a regra, assim, diante da reestruturação da teoria das capacidades promovida pelo Estatuto, não é mais possível reconhecer a incapacidade de fato a partir de um tipo de deficiência ou enfermidade, ainda que estas comprometam o discernimento. Nesse sentido, a discordância ao posicionamento de se realizar uma adequação dessas situações às de incapacidade relativa pautada na expressão da vontade, “pois uma pessoa com deficiência mental, ainda que apresente sério comprometimento em sua capacidade de cognição, pode ser capaz de expressar alguma vontade, mesmo que não acompanhada de pleno discernimento”. Assim:

É vazio o argumento de que considerar incapazes as pessoas com deficiência mental equivale a estigmatizá-las, porquanto a incapacidade, nessa circunstância, implica proteção a tais pessoas em situações de vulnerabilidade. A equiparação dessas pessoas às demais, com a consideração de todas elas como formalmente capazes, não passa de expressão de um sentimento “politicamente correto”, que obnubila a realidade. Pessoas com deficiência mental, da mesma forma que aquelas que, por razão transitória ou permanente, não possam expressar sua vontade (por exemplo, as pessoas em coma), necessitam de ajuda, que lhes deve ser prestada na medida de suas necessidades (desde uma simples assistência, como nos casos de pessoas com Síndrome de Down leve, até a substituição de sua vontade, como no caso de pessoas com doença de Alzheimer em grau avançado). Negar-lhes esse auxílio viola os princípios da dignidade da

pessoa humana e da razoabilidade, constituindo conduta imoral e inconstitucional. (TRIGINELLI; RABÊLO, 2017, p. 62-63).

Em concordância com o demonstrado por Wânia Triginelli e Rafael Rabêlo, a tentativa do Estatuto de propagar um discurso politicamente correto se comprometeu apenas com o estabelecimento de uma igualdade sob o aspecto formal, isto é, prescrição legal de direitos e tratamentos iguais. Entretanto, sabe-se que, atualmente, à luz da estrutura de um Estado de Direito, consoante à efetivação de garantias e direitos fundamentais, não basta a mera equiparação pelo texto legal, uma vez que o que se deve buscar é uma igualdade substancial, que corresponde à própria noção de isonomia trazida pela Constituição da República de 1988.

No entanto, é necessário enfatizar que, ao observarmos o processo de ocultamento da pessoa com deficiência, ao longos dos séculos, não se pode reduzir a importância tanto da Carta de Nova Iorque, quanto do Estatuto da Pessoa com Deficiência a um comportamento politicamente correto do legislador. Logo, os argumentos que criticam o tratamento de limitação de autonomia para o exercício da capacidade de pessoas com deficiência intelectual não são vazios. Eles refletem a problemática da inclusão em que, sob um discurso protetivo, o legislador estabelece que, a partir da constatação médica de problemas mentais, essas pessoas necessitam de auxílio do Direito.

Não há problema algum em oferecer auxílio a quem necessita, haja vista que uma sociedade se constrói por meio de relações humanas que, entre outras coisas, comportam a ideia de auxílio em um sentido amplo. O Direito, por sua vez, oferece essa espécie de auxílio por meio da normatização de seus instrumentos jurídicos. O que não pode ser legitimado é a ideia de auxílio configurar-se com a ideia de estigmatização, pois isso se torna um problema para a pessoa auxiliada. Em razão disso, portanto, é que se fundamentam as críticas ao critério do discernimento, já que a roupagem protetiva culminava em silenciamento civil da pessoa com deficiência.

No tocante às afirmações de Mariana Alves Lara (2020), convém apontar que ela parece verificar a expressão de vontade apenas como elemento subjetivo, desconsiderando que há um viés jurídico nesse elemento quando ele funciona como orientador de relações jurídicas. Para a autora, existem situações que podem ser acompanhadas de vontade, mas não de discernimento e isso precisaria ser observado pela teoria das capacidades. No entanto, é preciso

salientar que a teoria das capacidades orienta-se pela observância da autonomia, sendo o exercício dessa autonomia, no caso de pessoas com deficiência sob o paradigma da saúde e os propósitos da Carta de Nova Iorque, devendo ser protegido e promovido sempre que possível.

Vitor Almeida (2021, p. 215), demonstra que além do discernimento, existe o argumento de que a própria vulnerabilidade poderia ser vista como um critério, por exemplo, “para impedir ou suspender os prazos prescricionais e decadenciais, mesmo sem base legal”. Isso refletiria na avaliação da capacidade, no entanto, a própria compreensão do discernimento é tormentosa no sistema jurídico por se apresentar como uma via de identificação interpretada sob um padrão de normalidade; já a vulnerabilidade, por sua vez, é um tema que ainda vem sendo construído e, por ser amplo, carece de uma detida construção dogmática, sob pena de se colocar em risco a proteção às pessoas com deficiência a partir de uma generalização.

Mariana Alves Lara (2020, p. 92), diz que há que se perceber a excepcionalidade de reconhecimento de incapacidade de fato relativa das pessoas que apresentem deficiência intelectual em situações em que essas pessoas não consigam “expressar qualquer vontade, dada a severidade de sua deficiência, como em casos de paralisia cerebral grave ou mal de *Alzheimer* em seu estágio final”. Mesmo que haja falta de plenitude da saúde mental, capaz de exercer influência na saúde integral da pessoa, caso ela, ainda assim, seja capaz de expressar vontade, a sua capacidade para os atos da vida civil deve ser imperiosa. Nesse sentido:

Assim, pode-se dizer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou substancialmente o critério para aferição da capacidade ou incapacidade de uma pessoa. Até então, o critério adotado para se negar a capacidade de fato era a ausência do discernimento, ou seja, preocupava-se com a *qualidade* da vontade emanada por um determinado sujeito. Este, ainda que pudesse expressar alguma vontade, se não se verificasse a sua aptidão de entender a situação e de deliberar de maneira consciente, seria considerado incapaz. Com a entrada em vigor do Estatuto, o critério parece ter se alterado para a possibilidade ou não de *expressão* da vontade. Agora, se o sujeito é capaz de expressar qualquer vontade, ainda que não tenha pleno entendimento sobre o que está manifestando, será considerado plenamente capaz e seus atos serão válidos. (LARA, 2020, p. 93).

Nota-se que a autora, em sua crítica ao Estatuto, demonstra que o Direito Civil, adotando um conceito amplo de deficiência, afastou-se da visão apenas médica. Conforme demonstrado em momento anterior, ao normatizar sobre

incapacidade de fato, o Direito deve, também, visitar os postulados da Medicina sobre o tema, já que essa área do conhecimento é quem tem a competência para aferir os impactos que transtornos mentais geram na saúde de uma pessoa e, a partir disso, é que é possível verificar quais consequências jurídicas podem ser estabelecidas com cunho protetivo e promocional.

A partir das elucubrações realizadas por Mariana Alves Lara (2020), percebe-se que o critério do discernimento não se limitava, em tese, aos postulados da Medicina ou a uma simples manifestação volitiva da pessoa para que a incapacidade de fato fosse reconhecida. Para além disso, o entendimento concreto e qualitativo no tocante à saúde mental era possível de ser avaliado de maneira adequada.

Destaca Mariana Alves Lara (2020, p. 99), que a Convenção Internacional que inspirou o Estatuto da Pessoa com Deficiência busca a realização de um tratamento humano às pessoas com deficiência, estabelecendo uma igualdade formal – igualdade perante à lei - entre estas e as demais pessoas e apresenta a ideia, em seu artigo 12, de capacidade legal como um direito humano. Por meio de Seu Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ficou estabelecido que a capacidade legal é aquela que compreende tanto a capacidade de direito quanto a capacidade de fato e, além disso, definiu o reconhecimento da capacidade mental, denotada naquela que “se refere à aptidão de uma pessoa para tomar decisões, o que naturalmente vai variar de indivíduo para indivíduo”. Nesse sentido:

A capacidade legal inclui a capacidade de ser titular de direitos e a de atuar no direito. A capacidade legal de ser titular de direitos concede à pessoa a proteção plena de seus direitos pelo ordenamento jurídico. A capacidade legal de atuar no direito reconhece essa pessoa como ator autorizado a realizar transações e criar relações jurídicas, modificando-as ou extinguindo-as⁴⁷. (COMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 3).

A ideia do Comitê é evitar o reconhecimento indiscriminado de incapacidade às pessoas que não gozam de aptidão em decorrência de deficiência cognitiva ou psicossocial para a tomada de decisões. Sendo assim, orientou que o Estados-partes não perpetuassem em seus sistemas jurídicos

⁴⁷ Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and na actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as na agente with the power to engage in transactions and create, modify or and legal relationships.

regimes que sejam pautados na substituição da tomada decisões, a exemplo da tutela e da curatela, já que parte-se do entendimento de que as pessoas com deficiência possuem a mesma capacidade de fato que as demais pessoas, devendo, portanto, ser estabelecidas redes de apoio para auxiliar essas pessoas na tomada de decisões autônomas, considerando, para tanto, suas vontades e a preferências (LARA, 2020).

Nesse contexto, destaca-se que uma das formas que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta, como medida de apoio à pessoa com deficiência é o instrumento da Tomada de Decisão Apoiada, que passou a ser previsto no artigo 1783-A do Código Civil e se configura como:

[...] 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 (BRASIL, 2015).

Ademais, tem-se que tanto o Código Civil de 2002, quanto o Código Civil de 1916, consideravam a plenitude das faculdades mentais para o estabelecimento de incapacidade.

Mariana Alves Lara (2020, p. 120), pontua, sobre o sistema do Código de 2002, que “a deficiência física, como surdez, mudez e paralisia motora, já não era causa de incapacidade, haja vista não afetar, *a priori*, as faculdades mentais da pessoa”. O Estatuto, por sua vez, mesmo que se realize uma interpretação que supere a sua atecnia legislativa, não se apresenta como um diploma normativo que traz segurança jurídica, posto que busca estabelecer redes de apoio e fomenta a existência da capacidade plena, mas mantém o instituto da curatela para situações em que sua instituição se fizer necessária; manteve a incapacidade relativa, que quando reconhecida estabelece o instituto da assistência, instrumento inadequado para ser utilizado nos casos em que a pessoa com deficiência mental ou intelectual não pode exprimir vontade, já que os atos não podem ser praticados junto com o assistente eleito; além disso, não há justificativa para que o instituto da representação seja destinado aos relativamente incapazes, já que fora pensado para os absolutamente incapazes.

Logo, há de se reconhecer que o Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou a proteção que era conferida às pessoas com deficiência mental ou intelectual, já que, diante do reconhecimento de capacidade plena, todas as

medidas jurídicas protetivas – a exemplo da invalidade dos negócios jurídicos - deixam de ser aplicadas (LARA, 2020).

Dessa maneira, Mariana Alves Lara (2019), entende que deve ser feita uma restauração do critério do discernimento, realizando, inclusive, uma proposta de alteração na redação dos artigos terceiro e quarto do Código Civil de 2002. A jurista reflete que independente das orientações da Convenção – que apenas foram seguidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – existem casos em que simplesmente não existe a possibilidade de exercício da capacidade de fato, como nas situações de doenças que trazem um comprometimento severo para a pessoa, assim, tentar realizar uma inclusão, independentemente da situação em que a pessoa se encontra, pode, em vez de incluir, acabar por excluí-la e desampará-la ainda mais.

Por essa razão essa pesquisa concorda com a autora, no sentido de que o critério da vontade parece não ser capaz de abarcar de maneira adequada as situações jurídicas que envolvam pessoas com deficiência e ensejam a limitação do exercício autônomo da capacidade, não cumprindo os anseios da Carta de Nova Iorque. No entanto, não alinha-se com a ideia de que o critério do discernimento seja, por sua vez, o mais adequado, haja vista os argumentos apresentados. Nesse sentido, destaca Vitor Almeida:

O discernimento foi largamente utilizado como critério para banir as pessoas do convívio social e excluí-las dos atos da vida civil, sem maiores parâmetros bem delineados para sua identificação, bastando, em muitos casos, laudos superficiais pautados no saber médico. É preciso densificar o critério do discernimento e evitar sua utilização de forma abstrata e generalizada, sob pena de desrespeito ao modelo social da deficiência e aos direitos fundamentais assegurados a essas pessoas. (ALMEIDA, 2021, p. 216).

Felipe Quintella Machado de Carvalho (2018, p. 30), ressalta que as alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveram um rasgo na teoria das capacidades, pois não há como se compreender as causas da incapacidade já que não há que se falar mais em critério de discernimento reduzido ou incompleto. Destaca o jurista que “desde Freitas, passando por Beviláqua, sempre se entendeu que a capacidade de fato plena decorre do pleno discernimento” (CARVALHO, 2018, p. 30), e lembra que a incapacidade nunca se deu de forma automática, devendo, em caso de deficiência mental, ser constituída por sentença na ação de interdição e, noutro giro, quem goza de

pleno discernimento não carece de proteção jurídica na forma de representação ou assistência. Assim:

Ao esvaziar o conceito de capacidade de fato, o que o EPD fez, na verdade, foi retirar das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento jurídico lhes garantia. Ao que parece, o legislador se equivocou ao considerar que a lei presumia a ausência de discernimento de todos os deficientes mentais – o que nunca foi o caso –, e, para corrigir a aparente injustiça, presumiu a existência de discernimento de todos – o que parece, com efeito, ser muito mais perigoso e potencialmente lesivo. (CARVALHO, 2018, p. 31).

Critica-se o autor, nesse contexto, por tratar e reconhecer apenas o aspecto protetivo do critério do discernimento, desconsiderando-se que com o advento da Carta de Nova Iorque, para além da proteção, deve-se promover a autonomia da pessoa com deficiência. Esses dois elementos, juntos, devem conferir a prevenção de qualquer lesão ou perigo a essas pessoas.

Nota-se, nesse contexto, que quando se questiona o exercício da capacidade de fato por pessoas com deficiência em razão da saúde mental, há, inevitavelmente a argumentação da perspectiva biológica, ligada a doenças que afetam o discernimento, ou seja, o grau de entendimento de uma pessoa. No entanto, deve-se pensar que o Estatuto é um microssistema que, além de protetivo é, também, promocional.

Logo, a limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato não pode ser baseada apenas na existência ou não de doenças com grau avançado. É necessário que cada caso seja analisado concretamente, partindo da existência de autonomia para o exercício da capacidade e não da presunção da falta de autonomia que vai culminar na incapacidade de fato, que era o que ocorria no caso dos absolutamente incapazes no sistema anterior.

É nesse ponto que Direito e Medicina devem buscar estabelecer uma forma de aproximação, de modo que a normativa jurídica seja capaz de observar não apenas os postulados da área da saúde, usando-os como ponto de partida, mas, adote formas técnicas que também possam promover a adequada avaliação das faculdades mentais da pessoa para, a partir disso, estabelecer a medida da limitação da sua autonomia para o exercício da capacidade de fato.

Comunga-se com a proposta de Mariana Alves Lara (2019) em observar, dentro da teoria das capacidades, o discernimento como eixo orientador da saúde mental e da expressão da vontade, no entanto, é preciso que, para além

do discernimento, haja uma redação clara e uma normativa adequada que estabeleça uma segurança jurídica para a avaliação na capacidade civil, de modo que há que se eleger um critério que abarque tanto o discernimento, quanto os outros elementos capazes de demonstrar, como resultado, a falta de plenitude da capacidade para os atos da vida civil.

Nesse sentido é que se concorda com o entendimento de que “a tendência atual tem sido combinar a mais ampla proteção possível para a pessoa com deficiência mental ou intelectual com o menor sacrifício de sua autonomia e de sua liberdade, de modo a criar condições à sua recuperação social” (LARA, 2019, p. 53).

Percebe-se que apesar dos esforços da Convenção e do Estatuto da Pessoa com Deficiência em adotar critérios que respeitem e promovam a autonomia das pessoas com deficiência, para o exercício da capacidade de fato, não há um consenso sobre qual seria o mais adequado.

As críticas são divergentes, dividindo-se entre apoiar o novo critério ou sustentar a restauração do anterior, no entanto, no tocante às falhas que podem ser constatadas no Estatuto, referidas críticas se aproximam, apresentando-se como unânimes na conclusão de que esse diploma normativo, em razão da sua importância, poderia ter sido proposto com melhores formulações.

Iara Antunes de Souza (2018, p. 284-289), por sua vez, destaca que sob uma visão pós-positivista⁴⁸, o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um grande avanço ao propor que não deve haver o entendimento de que o transtorno e a deficiência mental, por si só, sejam compreendidos como critério de incapacidade, mas, o Direito não deve ignorar a realidade como ela é. Ao Direito não cabe a definição sobre a existência e grau de discernimento, de modo que, constatada sua falta, pela equipe multidisciplinar – conforme previsto no Estatuto, já que esta é capaz de reconhecer “possibilidades de exercício da autodeterminação da pessoa” - há que ser atribuído um cuidador para a pessoa. No entanto, não se deve esquecer de que “qualquer resquício de discernimento deve ser considerado e exercido pessoalmente”. É a partir disso que o direito deve buscar a adequação de suas normativas.

É necessário, portanto, ter cuidado quando se realiza essa análise de

⁴⁸ Iara Antunes de Souza (2018, p. 284), destaca que o pós-positivismo tem a pretensão de superar a legalidade estrita e “busca respostas para as questões jurídicas considerando um sistema aberto, não baseado apenas em regras postas”.

adequabilidade, pois a pessoa com deficiência, principalmente aquelas que possuem uma deficiência que decorre de uma doença mental, precisa ser compreendida em amplos e variados aspectos que serão capazes de definir a existência ou não de sua autonomia para o exercício da capacidade de fato, para aí sim, protegê-la, visto que, comprovada está, a sua falta de aptidão, devendo o Direito estabelecer limites à sua autonomia para os atos da vida civil.

Como foi possível observar, a partir de toda a construção teórica realizada do início deste trabalho até esse momento, a teoria das capacidades civis brasileira buscou compreender a plenitude das faculdades mentais da pessoa para apresentar a ideia de incapacidade para a realização autônoma dos atos da vida civil.

A teoria das capacidades civis brasileira elegeu a loucura e o discernimento como critérios a serem observados, respectivamente, cada um a seu tempo e modo, na avaliação da saúde mental. O resultado, caso a saúde mental não se revele plena, é o reconhecimento da incapacidade de fato e a imposição de instrumentos jurídicos de proteção.

É inegável o fato de que o Direito, buscou, desde o início da proposição da teoria das capacidades, oferecer proteção às pessoas com deficiência mental, proteção essa que aparece a partir de uma compreensão de que essas pessoas, em razão da deficiência, ocupam posições vulneráveis em relação às demais pessoas no contexto social, carecendo de políticas públicas que realizem efetivamente seus direitos.

Tendo os postulados da Medicina, como elementos definidores e ponto de partida para a normatização e avaliação da capacidade civil, a ciência jurídica procurou se adequar ao desenvolvimento do entendimento do que é a deficiência, perpassando pelos modelos médico e social, até chegar no atual modelo biopsicossocial. No entanto, dentro de sua proposta normativa de adequação a esses modelos, o legislador ainda não foi capaz de eleger um critério que, de acordo com a doutrina, seja visto como adequado e sustente uma unanimidade a esse respeito.

Como restou demonstrado, houve um acerto legislativo com a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no entanto, esse microsistema protetivo apresentou-se de maneira falha, elegendo um critério inadequado e passível de críticas, para o estabelecimento de limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato das pessoas com deficiência mental ou

intelectual.

Diante disso, resta claro que o caminho a ser feito é o de estabelecer um estudo no sentido de se vislumbrar a possibilidade de existência e adoção de um novo critério de avaliação da capacidade civil. Esse critério, por sua vez, deve levar em conta a noção de discernimento, mas, também deve comportar a possibilidade de análise de outros elementos, inclusive os de saúde, e barreiras que dificultem o exercício autônomo de atos da vida civil por pessoas com deficiência mental, já que, não se pode perder de vista que essas pessoas devem ser vistas sob um aspecto humano, protetivo e, acima de tudo, promocional.

Nesse sentido, a seguir, realiza-se uma análise sobre a competência, de modo a se verificar se este pode ser um possível novo critério a ser utilizado como ensejador de limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato na teoria das capacidades civis brasileira. Além disso, dentro dessa análise, considerar-se-á sua adequabilidade aos propósitos da Carta de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por fim, ressalta-se que o objetivo da presente análise possui apenas cunho teórico, configurando-se como uma contribuição para as discussões a respeito da temática e não como uma proposta de alteração legislativa. Isso porque, a discussão teórica do tema ainda carece de muito aprofundamento e, por outro lado, soluções efetivas podem ser buscadas sem que, necessariamente, acarrete numa mudança no texto da lei.

Dentro dessa discussão, vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da temática da inclusão e da igualdade da pessoa com deficiência, procurou da efetividade às propostas da Carta de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Foi publicada a Resolução 230, em 22 de junho de 2016 e criada uma comissão de Acessibilidade e Inclusão, em agosto de 2018. Uma das medidas, que merece destaque dentro do recorte proposto por essa pesquisa, foi o estabelecimento de aditivos contratuais junto à Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apae-DF) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

No entanto, dentro das questões que envolvem deficiências intelectuais a discussão ainda é nebulosa. Destaca a ministra Nancy Andrighi que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma lei avançada e abrangente e que, para que sua prática seja visível, precisa ir além dos que está proposto em suas

regulamentações (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Um exemplo prático enfrentado pelo direito brasileiro foi a reforma de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que foi reformado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. No caso, o tribunal primevo declarou a incapacidade absoluta de um idoso para gerir os atos da vida civil, a partir de um laudo pericial, em decorrência de doença de Alzheimer. No entanto, o ministro Marco Aurélio Bellize, relator, destacou que, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o critério para incapacidade absoluta não se fundamenta pelas hipóteses de deficiência mental ou intelectual e sim, apenas pelo critério etário.

O Superior Tribunal de Justiça, ao discutir a questão, destacou a imperiosidade do reconhecimento da incapacidade relativa e que, o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz o instituto da curatela, que pode ser utilizado e deve ser balizado de acordo com as circunstâncias de cada caso, sendo medida extraordinária e proporcional, não abrangendo todos os atos da vida civil (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021).

Por fim, acrescenta-se que, mesmo oferecendo essas balizas, a questão ainda carece de maior aprofundamento dentro do direito brasileiro. No informativo n. 694, por exemplo, do Superior Tribunal de Justiça, publicado em três de maio de 2021, que apresenta o julgamento do Recurso Especial (Resp.) 1.927.423/SP, relativo ao caso do idoso citado no parágrafo anterior, o destaque diz que “é inadmissível a declaração de incapacidade absoluta às pessoas com enfermidade ou deficiência mental”, demonstrando que o tribunal ainda não se adequou ao estado da arte da discussão que envolve a deficiência intelectual, demonstrado ao longo dessa pesquisa (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021, s.p.).

4 POR UMA NOVA EPISTEMOLOGIA DA TEORIA DAS CAPACIDADES CIVIS BRASILEIRA: a necessidade de adequação do modelo brasileiro de capacidade ao paradigma dos direitos humanos

Como restou demonstrado nos capítulos anteriores, a teoria das capacidades civis brasileira sustenta-se em um modelo de capacidade limitador da autonomia para o exercício da capacidade de fato, baseado em critérios notadamente pensados a partir do paradigma da saúde mental.

Até aqui, esta pesquisa preocupou-se em estabelecer um estudo da teoria das capacidades civis a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, perpassando, inevitavelmente, pelos critérios adotadas por ela, dentro do Código Civil, para o estabelecimento das limitações para o exercício autônomo da capacidade civil.

O objetivo foi verificar se os anseios da Carta de Nova Iorque, reforçados de maneira literal pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, correspondem tanto ao critério anterior – do discernimento – quanto ao critério atual – da expressão de vontade -, e o que se observou foi que existem uma série de críticas a ambos, bem como à maneira como foi pensada e suas consequências jurídicas negativas em relação à pessoa com deficiência.

Nesse sentido, a partir da compreensão da teoria das capacidades civis brasileira e suas alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre o discernimento e a expressão da vontade, pode-se afirmar que ambos não correspondem de maneira adequada aos anseios da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência para avaliar a capacidade civil dessas pessoas.

Por essa razão, surge a necessidade de se realizar um estudo que verifique a possibilidade de estabelecimento de um outro critério capaz de viabilizar a unanimidade dos debates em relação ao tema e que seja capaz de corresponder aos objetivos da Carta de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Esse novo critério, deve promover a autonomia da pessoa com deficiência, na avaliação da capacidade civil, por meio da observância do discernimento e da expressão da vontade, bem como do funcionamento da saúde mental da pessoa de maneira integral, e fornecer subsídios para que a limitação da autonomia para o exercício da capacidade de fato em razão da

saúde mental seja realizada na medida necessária.

Para tanto, este capítulo, ocupa-se do estudo do critério da competência para referida avaliação. A competência é um conceito que também será fornecido pela Medicina, justificando mais uma vez a necessidade de interdisciplinaridade não apenas dessa pesquisa, mas, também, do Direito enquanto ciência. Percebe-se que deve haver uma harmonização dos postulados das diversas áreas do conhecimento, como as duas citadas, para que a possibilidade de avaliação da capacidade seja integral, já que a saúde diz respeito à integralidade de funcionamento e interação da pessoa interna e externamente.

Nesse sentido, observa-se que a teoria das capacidades civis brasileira necessita de uma releitura. Releitura esta que se configura em uma nova epistemologia – do grego *epistémē*, conhecimento e *Logia*, estudo – (VESCHI, 2019), ou seja, uma nova teoria do conhecimento, guiada pelo critério da competência.

As teorias de Aline Albuquerque são as adotadas nessa pesquisa no tocante a essa temática da competência. Destaca a autora, que o modelo de capacidade, adotado pela teoria das capacidades civis brasileira, deve observar uma readequação, haja vista que seu referencial deve ser pautado nos direitos humanos e não apenas no paradigma da saúde mental, como realizado até então. Nesse sentido, explica que:

Na esfera jurídico-normativa, importante assinalar que a mudança de paradigma não se deu apenas em razão da CDPD, mas também em virtude de dois fatores: a) o regime das capacidades passou a ser uma questão intrínseca à dignidade humana; b) a declaração de incapacidade ou a interdição de uma pessoa tornou-se incompatível com os preceitos da não discriminação e da não estigmatização de determinados grupos, notadamente de pessoas com deficiência intelectual e de pessoas com transtorno mental. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 112).

Assim, a autora sedimenta que a autonomia para tomar decisões é compreendida como um direito humano e sua limitação, por consequência, é uma grave ofensa a esse direito. Referida limitação só deve ocorrer em situações nas quais, após a verificação de insucesso no uso de medidas de apoio para a tomada de decisão, ela se fizer necessária de maneira excepcional (ALBUQUERQUE, 2021).

Dentro dessa questão em que se propõe que os Direitos Humanos sejam

um referencial para o estabelecimento de incapacidade, cumpre destacar que não se defende, nesse contexto, o seu estabelecimento com vistas a perpetuação de uma hegemonia. Para Bragato (2016, p. 1811), referidos direitos foram pensados de maneira que não abarcava todos os seres humanos, já que “embora alguns seres pareçam humanos, eles não são considerados plenamente racionais e, portanto, não se credenciam como sujeitos plenos de direitos humanos”. Nesse sentido, de acordo com Natália de Souza Lisbôa:

O discurso dos direitos humanos não pode ser utilizado de forma abstrata, o conteúdo deve ser definido de acordo com a realidade específica, de forma multicultural, aproximando-se sua aplicação da comunidade que teve o direito violado. Quanto mais distante o discurso de proteção dos direitos humanos estiver das reais expectativas das populações, pode ser que o espaço deixado para sua interpretação continue reprisando os discursos hegemônicos de poder. (2022, LISBÔA, p. 225-226).

A discussão acerca da pessoa com deficiência necessariamente permeia o debate sobre inclusão e diversidade. Logo, ainda que o caminho seja no sentido de se reconhecer as particularidades e necessidades dessas pessoas e a elas oferecer salvaguardas adequadas e necessárias, garantindo proteção e promoção, há que se ter o cuidado de não ser estabelecido um padrão universal na forma de se garantir esses direitos. Deve-se considerar o contexto social no qual a pessoa está inserida e, a partir disso, pensar de maneira adequada a construção do seu papel social sem ocultá-la. Isso porque:

a sistemática normativa internacional de proteção dos Direitos Humanos foi fundamentada a partir do reconhecimento dos precedentes históricos e das experiências dos países ocidentais. Diante disso, percebe-se que a teoria clássica dos Direitos Humanos não leva em consideração os grupos invisibilizados e ocultados pela Modernidade, sob a justificativa de um processo civilizatório e de desenvolvimento. (BARROS, 2022, p. 167).

Nota-se que quando se propõe uma mudança de paradigma para se discutir o tratamento jurídico dado à pessoa com deficiência, em razão da saúde mental, o paradigma dos direitos humanos amplia o olhar sobre a pessoa como um todo e não estabelece o enfoque apenas sob a ótica do funcionamento discernido de suas faculdades mentais.

Partindo-se da lógica da teoria das capacidades, de que a capacidade é a regra, pode-se afirmar que a dignidade humana também deve ser a regra

quando o assunto for o cerceamento da autonomia para que a pessoa exerça com liberdade plena os atos da vida civil. Ademais, não se propõe, com a mudança de paradigma, uma desarmonização entre as teorias ou áreas do conhecimento, pelo contrário, a ideia é que cada uma atue dentro da sua competência. Nesse sentido:

o fato de se sustentar que o regime da capacidade jurídica é um tema de Direitos humanos, isso não significa que as consequências jurídicas da declaração da curatela não deva ser tratada em outros ramos do Direito, como, por exemplo, a invalidade de atos e negócios jurídicos que lhe são correlatos pelo Direito Civil. No entanto, impõe assinalar que essa questão se torna de menor importância para o tema da capacidade jurídica na medida em que se estrutura o seu regime a partir da tomada de decisão apoiada e não do enfoque de questões negociais. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 113).

Nesse contexto, destaca-se a Organização Mundial de Saúde (2019), que, mesmo parecendo ser difícil a realidade de se manter a capacidade jurídica de uma pessoa que aparenta não ter condições de decidir de maneira discernida, é importante que se observe ao máximo a preservação da sua autonomia. Ao se negar a capacidade jurídica de uma pessoa, o Estado promove o seu ocultamento e silenciamento, já que há o estabelecimento de limites à sua participação efetiva na sociedade e uma retirada de exercer a responsabilidade sobre sua própria vida. Nesse sentido:

É importante reconhecer que defender o direito das pessoas de fazer suas próprias escolhas e decisões pode parecer desafiador em certas situações e circunstâncias. Por exemplo, e as pessoas que querem acabar com suas vidas ou pessoas com demência grave? E se alguém estiver passando por uma crise aguda ou estados extremos ou está fazendo coisas que são, ou parecem, perigosas? E se recusar o tratamento significa que a pessoa pode piorar? E se alguém estiver inconsciente ou incapaz de comunicar sua vontade e preferência? É realmente viável promover o direito das pessoas de fazer decisões para si mesmo nesses tipos de cenários? A resposta é que, mesmo nessas situações desafiadoras, devemos sempre nos esforçar para encontrar maneiras de garantir que as pessoas têm a palavra final em todas as decisões relativas às suas vidas. Sempre há maneiras de promover o direito das pessoas de exercer sua capacidade jurídica⁴⁹.

⁴⁹ It is important to acknowledge that upholding people's right to make their own choices and decisions can seem challenging in certain situations and circumstances. For instance, what about people who want to end their lives or people with severe dementia? What if someone is experiencing an acute crisis or extreme states or is doing things that are, or seem, dangerous? What if refusing treatment means the person might get worse? What if someone is unconscious or otherwise unable to communicate their will and preference? Is it really feasible to promote the right of people to make decisions for themselves even in these kinds of scenarios? The answer is that, even in these challenging situations, we must always strive to find ways to ensure that people have the

(WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2019, p. 32).

Como se observa, o argumento sustenta-se na essência da noção de autonomia e caminha para a construção da capacidade legal. Mariana Alves Lara (2019), explica que a Carta de Nova Iorque já inicia pontuando que tem o propósito de promover, proteger e assegurar os direitos humanos das pessoas com deficiência e segue em seu artigo 12 destacando que essas pessoas devem ter sua capacidade legal garantida em igualdade de condições com as demais pessoas. No entanto, “a expressão *capacidade legal* pode gerar dúvidas interpretativas. Isso porque, na tradição do direito civil brasileiro, capacidade jurídica é habitualmente dividida em duas tipologias distintas, quais sejam, capacidade de direito e capacidade de fato” (LARA, 2019, p. 43).

Assim, justamente para dirimir quaisquer dúvidas a esse respeito, a própria Carta de Nova Iorque, por meio de um Comitê, sedimentou por meio da Orientação Geral nº. 1, que:

A capacidade legal inclui a capacidade de ser titular de direitos e de atuar no direito. A capacidade legal para ser titular de direitos concede à pessoa a integral proteção de seus direitos pelo ordenamento jurídico. A capacidade legal de atuar no direito reconhece essa pessoa como um agente com poder de realizar transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas⁵⁰ (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 3).

Referida orientação coaduna com o que foi exposto sobre a dogmática da capacidade jurídica dentro do modelo de capacidade adotado pelo Direito Civil brasileiro. Logo, de acordo com Mariana Alves Lara (2019), engloba tanto a capacidade de direito, quanto a capacidade de fato. Esse ponto é importante de ser destacado por dois motivos: o primeiro, por sedimentar que o referencial dos direitos humanos deve ser observado pelo modelo de capacidade civil brasileiro, haja vista que este deve seguir os anseios da Carta de Nova Iorque por tê-la recepcionado com status de emenda constitucional, bem como pelo fato dela ter sido o ponto de partida para a existência do Estatuto da Pessoa com Deficiência; segundo, porque o Comitê, ao estabelecer o conceito dogmático de capacidade

final say in all decisions concerning their lives. There are always ways to promote people’s right to exercise their legal capacity.

⁵⁰ Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and create, modify or end legal relationships.

legal, destacou que este se diferencia da chamada capacidade mental da pessoa.

A própria Carta de Nova Iorque, por meio de seu Comitê, destaca que o referencial dos direitos humanos liga-se a uma série de outros direitos garantidos à pessoa com deficiência e que são ligados à sua dignidade. É necessário que haja o reconhecimento dessas pessoas como pessoas de direito, de modo que não haja espaço para que o que ficou estabelecido na Convenção seja comprometido.

Desse modo, “o reconhecimento da capacidade jurídica está intrinsecamente ligado ao gozo de muitos outros direitos humanos previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”⁵¹, essa realidade visa uma inclusão de direitos e não uma limitação aos já existentes, como o da liberdade, a integridade física e mental e o direito de fazer escolhas (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 8).

A capacidade mental, por sua vez, merece algumas considerações, haja vista que é um conceito que nasce na Medicina e se transmuta para o Direito, por meio da Carta de Nova Iorque. Além disso, vale mencionar que é dentro do conceito de capacidade mental que será possível realizar a identificação dogmática da competência, conforme será abordado no capítulo a seguir.

4.1 Da capacidade mental e sua multidisciplinaridade

De acordo com a Carta de Nova Iorque, em sua Orientação Geral nº. 1, referente ao artigo 12, parágrafo dois, item 13 (2014), deve ser reconhecida a diferença entre capacidade legal e capacidade mental, já que a primeira relaciona-se com um viés jurídico, configurando-se na aptidão para deter e exercer direitos e deveres na ordem civil e a segunda, por sua vez, refere-se à atuação de uma pessoa na tomada de decisões sobre a sua vida, aproximando-se da dogmática essencial da autonomia. Nesse sentido:

Capacidade jurídica e capacidade mental são conceitos distintos. A capacidade jurídica é a capacidade de deter direitos e deveres (posição

⁵¹ Recognition of legal capacity is inextricably linked to the enjoyment of many Other human rights provided for in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, including, but not limited to [...].

legal) e de exercer esses direitos e deveres (agência legal). É a chave para acessar uma participação significativa na sociedade. Capacidade mental refere-se às habilidades de tomada de decisão de uma pessoa, que variam naturalmente de uma pessoa para outra e pode ser diferente para uma determinada pessoa, dependendo de muitos fatores, incluindo fatores ambientais e sociais. De acordo com o artigo 12 da Convenção, déficits percebidos ou reais na capacidade mental não devem ser usados como justificativa para negar a capacidade legal.⁵² (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 3).

Como se observa, a capacidade jurídica ou legal garante a possibilidade de participação autônoma da pessoa na sociedade. Essa capacidade, no entanto, seja ela de fato ou de direito, não deve ser pautada em déficits de capacidade mental. Desse modo, ainda que uma pessoa com deficiência intelectual, ou seja, que não goza de plenitude de suas faculdades mentais, apresente dificuldades na tomada de decisões, não há que se falar em limitação da autonomia para o exercício da capacidade de maneira binária: capaz ou incapaz, para os atos da vida civil.

No caso da presente discussão, o que deve ser feito, tomando por base o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é uma análise multidisciplinar da capacidade para decidir, e portanto, agir, em determinados momentos da vida. Jamais se falando em negação da capacidade legal.

No entanto, o próprio Comitê da Carta de Nova Iorque destaca a dificuldade que há na precisão do conceito de capacidade mental:

O conceito de capacidade mental é altamente polêmico por si só. A capacidade mental não é, como comumente se apresenta, um fenômeno objetivo, científico e natural. A capacidade mental depende de contextos sociais e políticos, assim como as disciplinas, profissões e práticas que desempenham um papel dominante na avaliação dessa capacidade.⁵³ (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 4).

Ademais, dentro dessa temática de capacidade jurídica como

⁵² 12. Legal capacity and mental capacity are distinct concepts. Legal capacity is the ability to hold rights and duties (legal standing) and to exercise these rights and duties (legal agency). It is the key to accessing meaningful participation in society. Mental capacity refers to the decision-making skills of a person, which naturally vary from one person to another and may be different for a given person depending on many factors, including environmental and social factors. Under article 12 of the Convention, perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity.

⁵³ The concept of mental capacity is highly controversial in and of itself. Mental capacity is not, as is commonly presented, an objective, scientific and naturally occurring phenomenon. Mental capacity is contingent on social and political contexts, as are the disciplines, professions and practices which play a dominant role in assessing mental capacity.

materialização da autonomia, Aline Albuquerque (2021), ensina que dentro do campo da Medicina, nos estudos sobre saúde, fala-se da existência de capacidade mental ou de maneira sinônima, capacidade decisional do paciente.

A capacidade mental, que não deve ser confundida com transtorno mental, deficiência mental ou deficiência intelectual, configura-se como “as habilidades exigidas pela Lei para que determinada pessoa possa tomar decisões sobre sua própria vida” (ALBUQUERQUE, 2021, p. 55).

Apesar de ter sido trazido pelo Comitê da Carta de Nova Iorque para a discussão jurídica de capacidade, o instituto da capacidade mental comporta mais estudos dentro do âmbito da área da saúde. Nesse sentido, de acordo com Marrodán *et. al.* (2018), percebe-se que nos últimos anos, a prática médica tem se apoiado no respeito à autonomia da paciente e isso envolve a discussão sobre capacidade mental. Essa linha tênue entre promover a autonomia e fornecer meios em casos de deficiência é um dos pontos importantes dos cuidados em saúde de uma pessoa. Isso porque:

A capacidade mental inclui a capacidade de entender informações relevantes para uma decisão sobre saúde e avaliar as consequências razoavelmente previsíveis que podem surgir ao expressar essa decisão.

Relatórios recentes mostram que o comprometimento aparece tanto em pacientes com condições médicas quanto psiquiátricas, destacando que nem todos os pacientes psiquiátricos são incapazes e nem todos os pacientes com doenças médicas são capazes. (MARRODÁN, 2018, p. 01, tradução nossa⁵⁴).

Segundo Aline Albuquerque (2021), a capacidade mental liga-se à tomada de decisão no momento em que ela ocorre, logo, ela pode apresentar-se de maneira variável. Um exemplo comum é o do paciente que possui transtorno bipolar, que apresenta capacidade mental flutuante, ou seja, pode apresentar discernimento para decisões sem problema algum em determinados momentos e pode apresentar nenhum ou pouco em momentos de crise. Observa-se, desse modo, que a capacidade mental se distancia do modelo binário de entendimento de capacidade e aproxima-se da compreensão de que uma pessoa pode ter

⁵⁴ Mental capacity includes the ability to understand information relevant to a decision about health and to appreciate the reasonably foreseeable consequences that could arise from expressing that decision.

Recent reports show that impairment appears both in patients with medical and psychiatric conditions, highlighting that not all psychiatric patients are incapable and not all patients with medical illnesses are capable.

capacidade mental para algumas coisas e para outras não. Nesse sentido:

Até mesmo porque uma pessoa pode não apresentar capacidade mental para tomar uma decisão, como se compra ou não um imóvel, mas para outra pode se revelar capaz, como quanto a se deseja ou não se submeter a uma cirurgia. Com efeito, nenhum de nós tem capacidade mental o tempo todo. Dessa forma, a determinação da capacidade mental deve considerar as “atuais circunstâncias”, ou seja, a pessoa no momento da tomada de decisão. Esse modelo decisional, ou seja, a capacidade mental diz respeito a uma decisão, é muito mais compatível com o referencial dos Direitos Humanos e o princípio da autonomia pessoal, na medida em que as pessoas são amplamente presumidas como capazes, sendo a sua incapacidade mental apenas restrita a determinada decisão. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 57-58).

Além disso, percebe-se que a compreensão sobre capacidade e autonomia passaram por uma variação de entendimento dentro das ciências neurais, conforme demonstrado e, portanto deve seguir esse movimento dentro do direito. No caso da teoria das capacidades civis brasileira, diante do exposto, pode-se concluir que o critério do discernimento, até o advento do Estatuto da Pessoa com deficiência poderia ser compreendido, no contexto do Código Civil de 2002, que parecia abarcar a possibilidade de entendimento do conceito de capacidade mental. No entanto, a salvaguarda por ele oferecida, qual seja, a curatela, não comportava, da maneira como era estabelecida, a compreensão de que a capacidade mental é flutuante.

No mesmo sentido, após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a conseqüente adoção do critério da expressão de vontade, há um movimento diferenciado. No tocante à curatela, passou a constar expressamente que constitui esta salvaguarda medida extraordinária, que deve durar o menor tempo possível e levar em consideração a preservação de interesses da pessoa com deficiência (BRASIL, 2015).

Assim, nota-se que dentro dessa proposta a ideia de que a capacidade mental é flutuante ganha sentido. No entanto, ao eleger apenas a expressão da vontade como critério de definição de capacidade, a teoria das capacidades destoa desse entendimento, já que a simples expressão, conforme também já demonstrado, não permite a gradação da gravidade e/ou dos impactos na vida da pessoa.

A capacidade mental e a autonomia estão entrelaçados, no entanto, as conseqüências e riscos de uma decisão tomada por determinada pessoa não se atrelam a estes conceitos, já que deve-se respeitar as escolhas de cada um, pois

estas são feitas de acordo com o julgamento subjetivo da sua ideia de vida boa.

De acordo com Margaret Isabel Hall (2012), o Direito estabelece a capacidade para limitar a autonomia e, com isso, acaba por dividir as pessoas entre aquelas que são autônomas e aquelas que não o são e essa determinação, por sua vez, é estabelecida com a capacidade que essa pessoa tem de se engajar no processo de racionalidade, de exercer vontade, desejos e realizar escolhas. A lei, a seu turno, não preocupa-se substancialmente com a qualidade autônoma desses pensamentos ou ações: quem possui capacidade têm suas escolhas reconhecidas como autônomas e quem não tem, do contrário, tem sua autonomia minada. Desse modo:

Entendido nesses termos, o processo de pensamento autônomo é paralelo ao paradigma médico dominante da capacidade cognitiva, no qual o cérebro fisicamente saudável e intacto é tido como possuidor da capacidade de pensamento racional (e, portanto, autônomo), que pode então ser prejudicado por doença ou lesão ou, em alguns casos, pode ser “deficiente” desde o nascimento.

Reconhecer e localizar a autonomia no processo de autogoverno, e não no conteúdo das regras feitas, evita atribuir valor social a escolhas e modos de vida particulares, limitando assim a “tirania da maioria” e a interferência paternalista do Estado. De fato, enquanto o processo decisório for “autônomo”, a proteção da autonomia individual requer uma postura de valor neutro em relação à substância de escolhas e comportamentos⁵⁵ (HALL, 2012, p. 7, tradução nossa).

Apesar dessas diferenças expostas entre capacidade legal e capacidade mental, o Comitê da Carta de Nova Iorque destacou que a maioria dos Estados-partes da Convenção optaram pelos dois conceitos “de modo que, quando uma é considerada como tendo habilidades de tomada de decisão prejudicadas, muitas vezes por causa de uma deficiência cognitiva ou psicossocial, sua capacidade legal para tomar uma decisão específica é removida” (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 4), ou seja, há uma limitação da autonomia para o exercício da capacidade civil baseada em um diagnóstico que confere à pessoa o status de deficiente ou inabilitada em

⁵⁵ Understood in these terms, the autonomous thought process parallels the dominant medical paradigm of cognitive capacity, in which the physically healthy and unimpaired brain is taken to possess the capacity for rational (and therefore autonomous) thought, which may then be impaired by disease or injury or, in some cases, may be “impaired” from birth.

Recognizing and locating autonomy in the process of self-rule making, rather than in the content of the rules made, avoids assigning social value to particular choices and ways of living, thereby limiting the “tyranny of the majority” and paternalistic interference by the state.¹⁴ Indeed, so long as the decision-making process is “autonomous”, the protection of individual autonomy *requires* a value-neutral stance in relation to the substance of choices and behaviours.

decorrência da deficiência (abordagem funcional). No entanto:

Esta abordagem é falha por duas razões principais: (a) é aplicada de forma discriminatória a pessoas com deficiência; e (b) presume ser capaz de avaliar com precisão o funcionamento interno da mente humana e, quando a pessoa não passa na avaliação, então nega a ele ou ela um direito humano fundamental - o direito de igual reconhecimento perante a lei. Em todas essas abordagens, a deficiência de uma pessoa e/ou habilidades de tomada de decisão são consideradas motivos legítimos para negar sua capacidade legal e rebaixamento de sua condição de pessoa perante a lei. O Artigo 12 não permite tal negação discriminatória de capacidade jurídica, mas, ao contrário, exige que seja prestado apoio no exercício da capacidade jurídica.⁵⁶ (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014. p. 4).

Dentro dessa abordagem funcional, destaca-se que o legislador brasileiro apresentou tentativas de adaptação, conforme se observa a seguir.

4.2 Do instrumento de avaliação da capacidade adotado no Brasil

Posterior ao Estatuto, a Lei 13.846, de 18 de junho de 2019, institui, dentre outras coisas, o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade e o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e prevê no parágrafo único do seu artigo 39 que os ditames do “inciso V, do §3º do artigo 30 da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, terá vigência entre a data de publicação desta Lei e a data de publicação do ato normativo que aprovar o instrumento de avaliação a que se refere o § 2º do art. 2º” do Estatuto da Pessoa com Deficiência. (BRASIL, 2019).

Lado outro, a Lei nº 11.907, de 02 de fevereiro de 2009, anterior, portanto, ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, prescreve que:

Art. 30. Fica estruturada a carreira de Perito Médico Federal, no âmbito do quadro de pessoal do Ministério da Economia, composta dos cargos de nível superior de Perito Médico Federal, de provimento efetivo. [...] § 3º São atribuições essenciais e exclusivas dos cargos de Perito

⁵⁶ This approach is flawed for two key reasons: (a) it is discriminatorily applied to people with disabilities; and (b) it presumes to be able to accurately assess the inner-workings of the human mind and, when the person does not pass the assessment, it then denies him or her a core human right — the right to equal recognition before the law. In all of those approaches, a person’s disability and/or decisionmaking skills are taken as legitimate grounds for denying his or her legal capacity and lowering his or her status as a person before the law. Article 12 does not permit such discriminatory denial of legal capacity, but, rather, requires that support be provided in the exercise of legal capacity.

Médico Federal, de Perito Médico da Previdência Social e, supletivamente, de Supervisor Médico-Pericial da carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, as atividades médico-periciais relacionadas com: [...]

V - **o exame médico-pericial componente da avaliação biopsicossocial** da deficiência de que trata o § 1º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no âmbito federal, para fins previdenciários, assistenciais e tributários, observada a vigência estabelecida no parágrafo único do art. 39 da Lei resultante da Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019; (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Nesse sentido, nota-se que apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º, prever a realização de uma avaliação biopsicossocial para aferição da deficiência, quando necessária, a ser realizada a partir dos instrumentos criados pelo Poder Público, a realidade é que até o momento, mais de cinco anos após a entrada em vigor desse diploma normativo, referidos instrumentos ainda são objeto de discussão.

Além disso, percebe-se, nesse exemplo, que também há a tentativa do legislador em abandonar o modelo médico de deficiência, destacando que o exame médico é componente da avaliação biopsicossocial, o que reforça a necessidade de uma interdisciplinaridade para lidar com a questão.

O governo federal criou no dia 06 de julho de 2020, por meio do Ministério da mulher, da família e dos Direitos Humanos, um grupo de trabalho com a participação de representantes dos Ministérios da economia, cidadania, saúde, da Advocacia Geral da União e do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência para elaborar um modelo único de avaliação biopsicossocial da deficiência (LOURENÇO, 2020).

Por sua vez, o Índice Brasileiro de Funcionalidade Modificado (IFBrM) já foi aprovado como instrumento adequado de avaliação da deficiência a ser utilizado pelo Estado brasileiro por meio de uma Resolução da Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, no dia 10 de março de 2020 (BRASIL, 2020).

Porém, apesar de apresentar mais de cinquenta atividades divididas em sete domínios para aferição da deficiência, que, por sua vez, é medida em graus de moderação por meio de um score de pontuação, o tão revolucionário IFBrM aparenta apresentar mais uma repetição daquilo que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência propõe combater: a categorização das pessoas, ou melhor, a categorização de pessoas a partir da deficiência (BRASIL, 2017). Ademais, o índice é um instrumento que vai além do critério da

expressão da vontade. Logo, não está posto na mesma linha de inteligência do critério atual adotado pela teoria das capacidades.

Assim, ele não se mostra tão à frente do seu tempo, tendo em vista, que ao categorizar pessoas com deficiência, considerando uma deficiência a partir das consequências advindas de uma patologia, há um retorno à ideia de pessoas totalmente ou absolutamente incapazes, categorizadas, como era antes previsto nos artigos terceiro e quarto do Código Civil, diga-se de passagem, devidamente alterados pelas diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. No entanto, para a Associação Brasileira de Saúde Coletiva:

a implementação do IFBrM é importante por diferentes motivos: precisamos de informações estatísticas padronizadas e confiáveis sobre pessoas com deficiência, baseadas na avaliação biopsicossocial; os serviços de atendimento às pessoas com deficiência precisam de um instrumento unificado para a produção de cuidado; o IFBrM é modelado pelo perfil da população brasileira, sendo o mais aproximado da realidade nacional e mais adequado para identificar as necessidades das pessoas com deficiência, sob uma perspectiva biopsicossocial, contribuindo ainda para a elaboração e implementação de outras políticas públicas destinadas à integralidade do cuidado das pessoas com deficiência. (ABRASCO, 2021, s.p.)

Vale destacar, no entanto, que os pesquisadores, principalmente da área médica, que defendem a ideia do IFBrM, destacam a dificuldade que há em considerar duas questões: que se tenha um modelo de avaliação da deficiência que possa ser único e, ao mesmo tempo, capaz de abarcar as pessoas com deficiência em suas singularidades para além de uma visão organicista e o fato de que há a necessidade de se categorizar para a sociedade saber lidar e onde alocar essas pessoas, por exemplo, no mercado de trabalho.

Por isso, observa-se que o IFBrM, “foi criado com a finalidade de unificar entre os órgãos governamentais brasileiros critérios para avaliação de deficiência” (CORDEIRO, 2020, s.p.), de modo a facilitar o acesso dessas pessoas a benefícios. Porém, a presente pesquisa critica o instrumento, haja vista que a ideia de promover a autonomia da pessoa com deficiência não se encontra presente nas discussões. A proteção da pessoa com deficiência deve estar ao lado da promoção da sua autonomia em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, o modelo único proposto faz a tentativa de caminhar, mas acaba sustentando-se no modelo médico. Além disso, destaca Laila Vilela (2022), que as discussões sobre funcionalidade permeiam, basicamente a questão orgânica,

de patologias e física, sendo a questão da saúde mental um caso a parte mas que, também são avaliadas.

O instrumento é pensado tendo como eixo orientador a Carta de Nova Iorque e passou por um processo de validação científica no Brasil, sustentado na premissa de que apenas o adoecimento de uma pessoa não é a questão mais importante, mas sim a funcionalidade, por esta ser flutuante e sofrer com barreiras sociais. São sempre dois avaliadores biopsicossociais, não necessariamente da área das ciências neurais, que devem ser capacitados para esta função, o que ressalta a sua característica interdisciplinar (VILELA, 2022).

A partir de uma matriz, os avaliadores estabelecem por meio de pontuações, a medida de dependência da pessoa com deficiência em relação a terceiros. Vale dizer que considera-se, para tanto, o ambiente habitual da pessoa e não um eventual ambiente ideal para ela viver. Assim:

[...] se uma pessoa não cozinha porque não tem o ambiente adaptado para preparar suas refeições é uma coisa. Se ela não cozinha porque não deseja cozinhar ou porque outra pessoa faz isso, aí sim a gente avalia pela capacidade, que é o teórico. (VILELA, 2022, s.p.).

A grande questão, como se observa, é que o critério da funcionalidade, presente no instrumento, não avalia a capacidade mental de uma pessoa, apenas as consequências de uma eventual deficiência patológica no seu dia a dia para desempenhar funções com auxílio total ou parcial. Veja-se que ao tratar desses instrumentos não se discute a capacidade de pessoas com deficiência intelectual para praticar atos na vida civil, ou seja, para além do plano pessoal.

Ademais, voltando-se à teoria das capacidades, nesse contexto do referido instrumento, pode-se afirmar que a pessoa é capaz de expressar vontade, mas a qualidade dessa vontade não é avaliada de maneira biopsicossocial, somente no aspecto da dependência total ou parcial de terceiros. Logo, é importante que eventuais instrumentos de avaliação da deficiência sejam pautados na verificação de exercício de sua autonomia integral e não apenas na sua autonomia funcional corporal. Por isso, a escolha de um critério adequado na teoria das capacidades é tão importante de ser discutida. Dessa maneira:

A deficiência, assim, pode ser apreendida pelos seguintes pontos de vista: um que leva em consideração as nomeações e as designações dadas por outrem com base em um conceito; outro que faz com que

determinada experiência seja construída em torno de uma designação particular, que sugere identificação grupal. O primeiro seria dado pelos diferentes processos de nomeação e identificação criados pelo Estado ou por outras fontes de hegemonia discursiva. O IFBrA, nesse sentido, é um dos responsáveis por dizer quem é a pessoa com deficiência. O segundo, mais importante para a análise aqui realizada, aparece quando a pessoa racionaliza sua história e conta sua trajetória com base na ideia de deficiência. Ou seja, quando a categoria deficiência passa a fazer sentido na narração dos eventos que seguem – o que pode ser chamado de politização da deficiência.

Politização da deficiência é o fenômeno por meio do qual as pessoas se intitulam como “pessoas com deficiência”. Politiza no sentido de trazer leituras de realidade que levem em consideração as inúmeras dificuldades vivenciadas e, acima de tudo, pontua as dificuldades “na deficiência”. Ou seja, para politizar o discurso sobre a deficiência, é necessário que o sujeito leia o mundo sob uma ótica específica, que demonstre que as restrições causadas pela deficiência tiveram impacto significativo em sua rotina de vida e em sua história. (PEREIRA; BARBOSA, 2016).

É claro que existem situações em que não há possibilidade de exercício autônomo de atos da vida civil, e essas situações excepcionais devem observar, de maneira prioritária, medidas de apoio para decisões às pessoas que delas necessitam, visando sua proteção diante de algum risco que pode surgir e não optando-se pelo cerceamento objetivo da autonomia. Somente após esgotados os meios de apoio e não havendo outras possibilidades e, mediante avaliação da capacidade mental, que comprove a inabilidade da pessoa para tomar determinada decisão na prática de determinado ato, é que pode-se falar em limitação ao exercício autônomo de atos da vida civil. Nesse sentido:

Portanto, o regime da capacidade jurídica baseado no referencial dos direitos humanos e no respeito à dignidade humana que engloba os apoios para tomada de decisão e os mecanismos excepcionais de decisão substituta, deve ter como princípios: o respeito da tomada de decisão autônoma; princípio do respeito à dignidade humana; e o princípio da cautela na adoção de medidas protetivas. Assim, propugna-se uma harmonização entre os princípios aludidos na direção da maximização da autonomia e da preservação de abordagens tradicionais paternalistas em nome da segurança e da proteção das pessoas com deficiência intelectual e de pessoas com transtornos mentais e das pessoas idosas. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 116).

Aline Albuquerque (2021), destaca que, no Brasil, há uma espécie de etiquetamento de pessoas como capazes ou incapazes e que esse tipo de conduta influencia de maneira negativa na habilidade das pessoas conduzir sua vida por conta própria, sendo uma experiência que traz danos sociais, psicológicos, para a autoestima e desvantagens legais. No caso do nosso país, o perito que realiza a avaliação da capacidade civil de fato, com base no modelo

de capacidade adotado pelo Direito Civil experimenta grande poder em relação à pessoa que está sendo avaliada. Dentro desse poder, experimenta a autoridade de decidir quais aspectos julga relevantes para a análise da capacidade mental de uma pessoa, o que abre a possibilidade de eleger elementos que podem continuar com estigmas e preconceitos.

Por essa razão, nosso modelo de capacidade deve valer-se de um critério que permite a avaliação da capacidade mental a partir de instrumentos que possibilitem a análise via parâmetros científicos que estabeleçam um viés de avaliação. A avaliação da capacidade mental deve ser feita de maneira interdisciplinar, já que foi pensada com essa finalidade, abrangendo elementos que compõe a saúde integral da pessoa como os jurídicos, médicos, psicológicos, éticos e sociais. Desse modo, essa conjugação de elementos permite a avaliação de uma pessoa ser capaz de decidir (ALBUQUERQUE, 2021).

Por fim, apesar das críticas ao instrumento do IFBrM, considera-se que ele é um ponto de partida para a questão da avaliação da capacidade mental e para as discussões sobre um critério adequado de aferição de incapacidade a ser adotado pela teoria das capacidades civis. Isso porque, na sua proposta, o modelo tenta alcançar os anseios da Carta de Nova Iorque.

A avaliação da capacidade mental ou decisional pode ser realizada a partir de três tipos de abordagem: 1) a abordagem funcionalista (que avalia a fluidez e funcionalidade na tomada de decisão em determinado contexto), 2) a abordagem baseada no status (que verifica a tomada de decisão a partir de um diagnóstico ou condição específica. Essa abordagem é vista como discriminatória e não alinhada com o referencial dos direitos humanos), e, por fim, 3) a abordagem baseada no resultado (também rechaçada pelo referencial dos direitos humanos por estar condicionada à avaliação de um terceiro que considera a pessoa capaz ou incapaz mentalmente de acordo com seu julgamento sobre o resultado da decisão tomada). No entanto, somente a abordagem funcional apresenta-se como a mais adequada ao referencial dos direitos humanos para a avaliação da capacidade mental ou decisional (ALBUQUERQUE, 2021).

. Nesse sentido:

Quanto à abordagem funcional, ressalta-se que pode abarcar funções cognitivas, porém é importante distinguir entre ser cognitivamente capaz e mentalmente capaz, como, por exemplo, pessoas com

Alzheimer podem não apresentar capacidade cognitiva, mas ter competência mental para tomar certas decisões sobre a própria vida. Não obstante a abordagem funcional ser a mais adequada, críticas vêm sendo feitas quanto à sua acomodação aos novos paradigmas trazidos pela CDPD. [...] entretanto, atualmente, a avaliação funcional é a melhor que atende ao referencial dos Direitos Humanos e à preservação da autonomia pessoal; [...] caso seja identificada a incapacidade mental não deve haver negação do direito ao reconhecimento perante a lei, mas sim a adoção prioritária dos apoios para tomada de decisão, e, em última instância mecanismos de tomada de decisão substituta, como a curatela. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 68-69).

Aline Albuquerque (2020), destaca que a capacidade mental ou decisional, no que toca aos cuidados em saúde, é denominada de competência. No entanto, a literatura jurídica mantém o uso do termo capacidade em detrimento do termo competência, razão pela qual, compreende-se a capacidade como um conceito multidimensional e restringe-se a competência à literatura médica configurada como a “capacidade de consentir, recusar e optar entre alternativas de tratamento”.

No entanto, a proposta desta pesquisa, também pretende verificar se a competência é um termo que pode vir a ser utilizado como critério de avaliação da autonomia para o exercício da capacidade de fato. Isso, porque a competência, na Medicina, é construída a partir da observação de fatores biopsicossociais que culminam na constatação da capacidade ou habilidade do paciente para tomada de decisão acerca da sua saúde.

Essa tomada de decisão é respeitada, ou seja, a autonomia do paciente é preservada, sem, no entanto, falar-se em limitação da mesma antes de se avaliar de maneira criteriosa o processo que leva a essa tomada de decisão. Assim, se a realidade durante a avaliação se mostrar incompatível com a decisão tomada pelo paciente, há que se pretender buscar meios para garantir ao máximo a sua autonomia de decidir, preservando, sempre que possível, ainda que em situações de substituição de vontade, a observação de suas preferências.

Portanto, a seguir, realiza-se uma melhor compreensão da competência enquanto critério de avaliação da autonomia para o exercício da capacidade civil, de modo a se verificar se ela é compatível com os anseios da Carta de Nova Iorque e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

4.3 Da possibilidade de adoção da competência como critério pela teoria

das capacidades civis brasileira

Conforme destacado, esse capítulo tem como objetivo verificar se a competência pode ser utilizada como critério compatível com os anseios da Carta de Nova Iorque para avaliação da autonomia para o exercício da capacidade, na teoria das capacidades civis brasileira. Essa nova proposta epistemológica corrobora com o entendimento de que “é função da pesquisa acadêmica apontar para modelos futuros e formas inovadoras de lidar com a realidade” (ALBUQUERQUE, 2021, p. 143).

A palavra competência é um substantivo que tem sua origem no latim – *competentia* –, deriva dos verbos competir e *petere*, em que o prefixo *com-* traduz a ideia de união ou encontro, *pet-* significa ir, acompanhada do sufixo *-cia* que forma o substantivo correspondente, criando, desse modo, o entendimento de que trata-se da capacidade de exercer uma função, tanto em relação à pessoa, quanto a algo externo a ela (VESCHI, 2020).

A competência tem sido alvo de discussões acadêmicas por comportar diferentes níveis de compreensão. É um termo que tem sua origem no senso comum, configurando-se como a qualificação de uma pessoa para realizar determinada coisa. Do contrário, quando se fala em incompetência, denota-se a ideia de algo depreciativo, relacionado com uma falta de capacidade (FLEURY; FLEURY, 2001). Nesse sentido:

O dicionário Webster (1981, p. 63) define competência, na língua inglesa como: “qualidade ou estado de ser funcionalmente adequado ou ter suficiente conhecimento, julgamento, habilidades ou força para uma determinada tarefa”. Esta definição, bastante genérica, menciona dois pontos principais ligados à competência: conhecimento e tarefa. O dicionário de língua portuguesa Aurélio enfatiza, em sua definição, aspectos semelhantes: capacidade para resolver qualquer assunto, aptidão, idoneidade e introduz outro: capacidade legal para julgar pleito. (FLEURY; FLEURY, 2001, p. 184).

O debate sobre a dogmática da competência tem início na década de 1970, na França e nos Estados Unidos, e seu surgimento vai permear calorosos debates entre psicólogos e administradores americanos com a publicação de um trabalho em 1973, de autoria de McClelland chamado *Testing for Competence rather than Intelligence*⁵⁷, cujas conclusões apresentavam que diferente de uma

⁵⁷ Em tradução literal o “teste de competência em vez da inteligência” realizado por McClelland, conforme ensina Maria Tereza Leme Fleury e Afonso Fleury (2001, p. 184-185), propõe que a

aptidão, uma habilidade ou um conhecimento, a competência se relaciona com características subjacentes de uma pessoa na realização de tarefas ou no desempenho de algum negócio. Já na França, a ideia de competência sobressaltava no ambiente empresarial, em que se discutia o saber agir de trabalhadores ao se estabelecer suas qualificações a partir da relação entre seus conhecimentos e suas competências (FLEURY; FLEURY, 2001).

Nesse contexto, observa-se que o conceito de competência nasce no campo educacional e empresarial. Desse modo, estudos sobre o assunto eram realizados a partir das relações trabalhistas existentes na época para, em momento posterior, migrar para outras áreas do conhecimento, como a área da saúde, se relacionando referido conceito a um entendimento subjetivo da qualificação dos recursos de uma pessoa para determinada coisa. Sendo assim:

Nesta perspectiva, o conceito de competência é pensado como conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes (isto é, conjunto de capacidades humanas) que justificam um alto desempenho, acreditando-se que os melhores desempenhos estão fundamentados na inteligência e personalidade das pessoas. Em outras palavras, a competência é percebida como estoque de recursos, que o indivíduo detém. (FLEURY; FLEURY, 2001, p. 185).

No campo da Medicina, tem-se que Luiza Amélia Cabus Moreira e Irismar Reis de Oliveira (2008), apresentam a compreensão da ideia de competência como “o equivalente clínico da capacidade”, logo, nas situações em que se constatar a falta de competência da pessoa, conclui-se que, incapaz está de exercer a sua autonomia, pois falta-lhe habilidades para a tomada de decisões autônomas. Nesse sentido:

O critério legal para definir capacidade tem como foco o entendimento do paciente sobre sua doença e suas consequências, os vários tratamentos disponíveis e seus riscos e benefícios, a credibilidade nas informações para que seja tomada uma decisão por parte do indivíduo afetado pela doença, o que, obviamente, requer grande habilidade intelectual.

A competência é o equivalente clínico da capacidade. Os fatores relevantes para julgar competência, principalmente em pacientes psiquiátricos, englobam uma série de variáveis que não estão incluídas nas definições legais de capacidade, como a interpretação das informações por indivíduo e a influência da doença mental sobre essa. (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 161).

competência se diferenciava de “aptidões: talento natural da pessoa, o qual pode vir a ser aprimorado, de habilidades, demonstração de um talento particular na prática e conhecimentos: o que as pessoas precisam saber para desempenhar uma tarefa.

Desse modo, observa-se que a competência tem a possibilidade de ser um critério que pode ser trazido da Medicina para o Direito para estabelecer os limites da autonomia para o exercício da capacidade de fato por pessoas com deficiência, já que é capaz de se apresentar de maneira multidisciplinar e multifatorial. Haja vista que a competência se baseia na qualidade daquilo que é manifestado pela pessoa e na sua aptidão de conhecimento e realização de tarefas, permitindo uma análise mais complexa de suas habilidades.

A competência observa um complexo de fatores com o fim de verificar se determinada pessoa possui habilidade de tomar decisões válidas e autônomas e isso é executado com a análise de elementos não apenas ligados à saúde física e psicológica, mas, também, os sociais, os valores, desejos, histórico de vida, relações interpessoais, capacidade de julgamentos e entendimento que compõe o seu pensamento concreto (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008, 161-164).

Ensina Aline Albuquerque (2020, p. 87) que na Medicina, trabalha-se com a ideia de avaliação da capacidade decisional do paciente, sendo ela “comumente utilizada para verificar sua habilidade para se engajar no processo de tomada de decisão”. Essas habilidades são consideradas a partir de um “complexo conjunto de funções” que vão resultar na contribuição para análise concreta da tomada de decisão.

Nesse sentido, fazendo uma relação com a dogmática surgida nos estudos-testes da década de 1970, a competência compreende elementos que se mostram capazes de verificar a qualidade de uma habilidade, uma aptidão, uma vontade ou um entendimento de uma pessoa e, justamente por se firmar a partir da conjugação desses elementos, se mostra como um critério de avaliação que trabalha com a complexidade humana. Nesse sentido, sobre os elementos que compõem a análise dessa complexidade de funções, destaca-se, na Medicina, os quatro orientadores da capacidade. São eles:

Entendimento do paciente – habilidade para compreender informação básica sobre um problema e suas soluções potenciais, riscos e benefícios associados às soluções;

Apreciação do paciente – habilidade para reconhecer como um problema ou solução se relaciona com sua própria situação;

Raciocínio do paciente – habilidade para considerar as soluções potenciais do paciente;

Comunicação do paciente – habilidade para escolher e expressar sua escolha. (SCOTT, 2020 *apud* ALBUQUERQUE, 2020, p. 87).

Esses elementos orientadores fazem parte da estrutura da capacidade

para decidir, dentro dos estudos relacionados à saúde, e servem para orientação da avaliação da capacidade de pacientes e suas habilidades. Esses mesmos elementos são chamados, também, de elementos determinantes da capacidade de decisão médica, conforme se observa a seguir, que os apresentada de maneira mais aprofundada:

Quadro 3: Elementos determinantes da capacidade de decisão médica

Componente	Elementos determinantes
Compreensão	<ul style="list-style-type: none"> ● Compreensão demonstrável dos benefícios, riscos e alternativas de uma intervenção ● Inclui a possibilidade de rejeitar completamente o tratamento
Comunicação/expressão de escolha	<ul style="list-style-type: none"> ● Capacidade de comunicar uma escolha de forma clara e consistente ● Deve estar enraizado na realidade
Reconhecimento	<ul style="list-style-type: none"> ● Compreensão de que as suas decisões terão consequências ● Capacidade de aplicar a informação a si mesmo e à situação ● Reconhecimento dos potenciais benefícios e consequências de estar exposto a riscos ● Capacidade de fazer um cálculo de risco/benefício: riscos e benefícios da ação versus inação
Raciocínio	<ul style="list-style-type: none"> ● Manipular e comparar informações de forma lógica e racional ● Processos normais de pensamento ● Capacidade de articular o seu raciocínio ● Capacidade de alinhar as opções de tratamento disponíveis com a sua experiência de vida, circunstâncias (por exemplo, estado socioeconómico) e princípios orientadores e filosofias (por exemplo, religião)

Fonte: OISETH; JONES; MAZA, 2021.

A partir desses elementos, que na Medicina se relacionam com habilidades de um paciente para decidir, e no Direito se relacionam com o exercício da capacidade de fato, tem-se a ideia de competência propriamente dita. Assim, o que a Medicina vai chamar de competência, denotada nos cuidados de saúde, pode ser traduzido para o Direito com a dogmática de capacidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar que “a capacidade decisional [ou competência] é um conceito chave-multidimensional do direito à autodeterminação do paciente, consequentemente” (ALBUQUERQUE, 2020, p. 85), a partir do momento em que determinada pessoa for considerada incapaz, tomando como base os elementos que qualificam a sua competência para o exercício autônomo da sua capacidade de fato, essa autonomia poderá, para garantia de proteção e promoção de direitos, sofrer restrições.

Conforme ensina Matthe Scholten e Jakov Gather (2017), a competência é um conceito que se relaciona com a ideia de consentimento informado. Nesse sentido:

No modelo recebido de consentimento informado, a competência é uma condição necessária. Nós nos referimos a esse modelo como o modelo de competência. Embora seja possível fazer distinções adicionais, um relato amplamente aceito das condições para o consentimento informado no contexto do tratamento clínico é o seguinte:

Uma pessoa dá consentimento informado para a intervenção x se, e somente se:

1. as informações relevantes sobre x são adequadamente divulgadas para a pessoa;
2. a pessoa é competente para consentir em x;
3. a pessoa pode consentir voluntariamente com x;
4. a pessoa consente em x.

Para cada uma dessas condições, pode-se, por sua vez, fornecer mais critérios detalhados⁵⁸. (SCHOLTEN; GATHER, 2017, p. 227, tradução nossa).

No entanto, no tocante às pessoas com deficiência, destaca Matthe Scholten e Jakov Gather (2017), que o Comitê da Carta de Nova Iorque não apoia o modelo da competência. De acordo com o Comitê, mesmo em momentos de crise, a autonomia e a capacidade jurídica de pessoas com deficiência deve ser respeitada, sendo que a capacidade jurídica deve ser absoluta. Porém, ao afirmar que os Estados-partes devem oferecer salvaguardas adequadas e eficazes para o exercício da capacidade jurídica, pode-se afirmar que estas se

⁵⁸ On the received model of informed consent, competence is a necessary condition for informed consent. We refer to this model as the competence model. Although it is possible to make further distinctions,²¹ a widely accepted account of the conditions for informed consent in the context of clinical treatment is as follows:

A person gives informed consent to intervention x if, and Only if,

1. the relevant information regarding x is adequately disclosed to the person;
2. the person is competent to consent to x;
3. the person can voluntarily consent to x;
4. the person consents to x.

For each of these conditions, one can in turn provide more detailed criteria, and we will say more about the criteria for competence in the section.

referem à modos de tomada de decisão substituta.

As várias formas de tomada de decisão substituta perpassam por observar se o paciente estabeleceu diretivas antecipadas de vontade, elegendo suas escolhas para um momento futuro em que encontrar-se incompetente para decidir e por verificar a necessidade de tomada de decisão por um substituto que, a depender da situação concreta, pode ser desde parentes até os próprios profissionais de saúde. As decisões substitutas devem buscar observar as preferências expressadas pelo paciente em momento anterior, caso não for possível, o substituto deve agir com base em um padrão de julgamento substituído. Por fim, na impossibilidade de se averiguar esses critérios o tomador de decisão substituto deve fazer a escolha de tratamento com base no melhor padrão de interesse para aquela pessoa, considerando, para além da sua saúde médica, o seu bem-estar e valores (SCHOLTEN; GATHER, 2017).

No tocante ao caso das pessoas com deficiência mental, destaca-se que esta, em conjunto com as circunstâncias da realidade social que impliquem em prejuízo, em que a pessoa está inserida, configura-se como “um conceito amplo que inclui transtornos mentais, transtornos neurodesenvolvimentais e neurodegenerativos, dano cerebral orgânico, dificuldades de aprendizagem e deficiência intelectual”⁵⁹ (SCHOLTEN; GATHER, 2017, p. 226, tradução nossa). Nesse sentido, tem-se que uma pessoa com deficiência mental é considerada competente somente se não experimentar prejuízo substancial de suas capacidades funcionais e psicológicas relacionada à tomada de decisão, podendo expressar suas escolhas a partir da compreensão de informações de maneira racional.

Essa análise de competência por sua vez, é realizada por meio de instrumentos, chamados de ferramentas de avaliação de competência. De maneira objetiva, destaca-se que existem diversos tipos de ferramentas capazes de avaliar a competência a partir da conjugação de diferentes fatores.

Quando se fala em avaliação de competências ou avaliação da capacidade mental, está-se referindo às habilidades de raciocínio e tomada de decisões. Não se trata, portanto, nem de avaliação de deficiência pelo critério biopsicossocial prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência, e nem das

⁵⁹ Mental disability is understood as a broad concept that includes mental disorders, neurodevelopmental and neurodegenerative disorders, organic brain damage, learning disabilities and intellectual disability.

classificações de deficiência previstas em instrumentos como a CIF. Esse destaque é importante de ser feito, tendo em vista que, com o paradigma da saúde mental, houve, por muito tempo, a confusão entre incapacidade, transtorno e deficiência (ALBUQUERQUE, 2021).

Ao se defender o critério da competência apoiado em instrumentos de avaliação, está-se, de fato, buscando fomentar meios de avaliação da competência em si, que refletem o exercício autônomo de atos da vida civil. Não se trata de avaliação da saúde mental da pessoa, nem da deficiência, seja ela proveniente ou não de condições fisiológicas que influenciam o perfeito funcionamento das faculdades mentais.

Logo, o objetivo é maximizar a sua capacidade jurídica, pautando-se em uma avaliação que seja guiada pelo referencial dos direitos humanos, por meio de instrumentos que verifiquem quais e como são desenvolvidos os apoios à situação daquela pessoa. Aline Albuquerque (2021), no entanto, reconhece que essa proposta está longe de ser aplicada no Brasil, já que no país ainda tem-se muito presente a ideia binária de capacidade x incapacidade para decidir. Seria necessário, por exemplo, superar a ideia fundamentada apenas na perícia médica, o que ainda ocorre na prática.

De acordo com Aline Albuquerque (2021, p. 68), não existe, atualmente, um padrão global de teste para avaliação da capacidade, no entanto, alguns estão entre os mais utilizados no plano internacional. Destaca a autora, que no tocante à capacidade mental, a ferramenta de Avaliação de Competência MacArthur (MacCAT-T), desenvolvido por Grisso e Appelbaum, nos Estados Unidos, em 1998, é a mais utilizada. Referido teste “se encontra com maior fundamentação empírica e nível de aplicação reiterada confiável”.

Conforme Matthe Scholten e Jakov Gather (2017), o MacArthur tem alto nível de aceitação entre os avaliadores de capacidade. Esse teste permite que os parâmetros para avaliação da competência sejam aplicados a qualquer pessoa de maneira não arbitrária, independentemente de terem ou não deficiência mental.

No entanto, vale destacar que o que deve ser buscado não é uma forma de igualar testes entre países, mas sim tentar encontrar uma similaridade na sua aplicação, considerando o modelo legal de capacidade jurídica da cada um (ALBUQUERQUE, 2021). Nesse sentido:

Como exemplo de instrumento *Hopkins Competency Assessment Test* é utilizado para avaliar a capacidade do paciente para consentir ou subscrever Diretivas Antecipadas. O instrumento é composto por um breve estudo e um questionário para avaliar o entendimento do paciente acerca do estudo e um número determinado de respostas corretas consiste em indicador acurado de capacidade clínica. O *MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment* é uma entrevista semiestruturada dirigida para a avaliação das habilidades do paciente, relacionada aos quatro elementos da capacidade. Por sua vez o *Aid to Capacity Evaluation* consiste em uma entrevista semiestruturada direcionada a seis dimensões da capacidade para uma decisão médica. O *Capacity Assessment Tool* é uma entrevista semiestruturada, utilizada especificamente para se escolher entre duas opções em um contexto de tratamento. Finalmente, o *Assesment of Capacity for Everyday Decision-Making* envolve uma entrevista semiestruturada e se baseia na avaliação das quatro habilidades para a tomada de decisão: entendimento, apreciação, raciocínio e expressão de uma escolha. Esse instrumento é útil para avaliar a capacidade de pessoas idosas com impedimentos cognitivos suaves até moderados. (ALBUQUERQUE, 2020, p. 91).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê em seu art. 2º que o Poder Público deverá promover a criação de instrumentos para a avaliação biopsicossocial da deficiência (BRASIL, 2015). No entanto, vale destacar que essa normativa trata da deficiência de maneira geral, ou seja, para qualquer tipo de deficiência cabe uma avaliação biopsicossocial por meio de instrumentos que analisem a conjugação de diferentes fatores previstos em lei. O que se sustenta nessa pesquisa com o critério da competência é a avaliação da autonomia para o exercício da capacidade de fato baseada neste critério e não a avaliação da deficiência em si e suas implicações no exercício da capacidade.

Nesse sentido, pode-se afirmar, como conclusões parciais: que a abordagem funcional do instrumento proposto pelo legislador brasileiro é adequada ao referencial dos direitos humanos adotado pela Carta de Nova Iorque. Além disso, a avaliação biopsicossocial da deficiência não deve ser encarada apenas para auxílio e facilitação de órgãos governamentais na garantia de benefícios.

Ademais, deve-se considerar que a igualdade de oportunidades compreende uma atuação livre e autônoma da pessoa com deficiência e, por isso, a sua autonomia deve ser também promovida e não apenas protegida, na medida da sua incapacidade.

Outrossim, que a compreensão biopsicossocial da deficiência deve estar na mesma linha de entendimento do exercício autônomo da capacidade. Logo, a multidisciplinaridade é necessária. Desse modo, apesar de ser mais prática a existência de um modelo único, defende-se que é possível a existência de mais

de uma forma de avaliação da capacidade, já que o artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê a criação, no plural, de instrumentos de avaliação da deficiência pelo Poder Público. Essas formas de avaliação devem compreender critérios médicos, psicológicos, sociais, entre outros.

Nesse sentido, poderiam haver múltiplos critérios de avaliação da deficiência, como, inclusive, é proposto na abordagem funcionalista do IFBrM. No entanto, esses múltiplos critérios de avaliação devem partir de um critério adequado que seja estabelecido na teoria das capacidades civis brasileira, já que esta impacta no exercício da autonomia da pessoa com deficiência no país. Assim, apesar dos critérios serem interdisciplinares nos instrumentos de avaliação, deve-se observar a roupagem jurídica que é dada pelo direito, já que é a partir dos seus postulados que, juridicamente, a limitação da autonomia da pessoa com deficiência ocorre.

A análise de fatores diversos por meio de um instrumento padronizado evita o estabelecimento de incapacidade baseado apenas em um critério médico por meio de um laudo pericial médico. Além disso, é possível realizar a análise da competência atual da pessoa para tomar determinada decisão e/ou realizar determinado ato da vida civil.

No tocante à Psicologia, o Próprio Conselho Federal de Psicologia, na Nota Técnica nº 6/2019/GTEC/CG de Orientação aos profissionais da área sobre Avaliação da Capacidade Decisional de Pessoas com Deficiência e/ou com Doenças Crônicas, citando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sustenta a importância de se ter instrumentos de avaliação da deficiência que considerem as particularidades de cada pessoa na sua capacidade decisional.

Iara Antunes de Souza (2018), destaca a relação dessa área do conhecimento, que também está inserida no campo da saúde, com a ideia de autonomia, tendo em vista que a Psicologia é capaz, também, de fornecer instrumentos, como a psicanálise, que busquem promover a autonomia de uma pessoa a partir do trato direto da sua realidade psíquica. Assim, “se a noção de saúde é, também, ligada à noção de liberdade, que decorre da autonomia e da possibilidade de seu exercício, quando se trabalha com saúde mental, deve se garantir, dentro do que for possível, a emancipação [da pessoa]” (SOUZA, 2018, p. 128-129). Nesse sentido:

Sublinha-se que o cuidado centrado no paciente tem como premissa a autonomia da pessoa e adota três dimensões: a primeira é que as pessoas têm o direito de tomar suas próprias decisões e realizar escolhas – mesmo que outras possam considerá-las irracionais –, também constituindo um princípio ético a ser adotado por todos os profissionais de saúde. A segunda, valoriza a capacidade de tomada de decisão do paciente, ressaltando que o objetivo principal de toda forma de cuidado deve ser promover a autonomia. A terceira dimensão diz respeito ao cuidado do paciente com transtorno mental, considerando os seus direitos e a capacidade de tomar as próprias decisões. (CARDOSO; ALBUQUERQUE, 2020, p.149).

Portanto, ao buscar um conceito clínico, que, toma como ponto de partida a análise da pessoa no exercício da sua autodeterminação, ou seja, da sua autonomia, as ciências neurais (que vão chamar essa mesma pessoa de paciente), são capazes de oferecer subsídios ao Direito para que ele estabeleça um modelo legal de capacidade, na sua teoria das capacidades civis.

É a partir do tratamento dado para a capacidade por outras áreas do conhecimento, que nas ciências neurais vai ser chamada de competência, que o Direito deve pensar a sua epistemologia para o instituto e, com isso, normatizar um critério de maneira adequada.

Conforme restou demonstrado, porém, o critério da competência, ou o modelo da competência, sozinho, também não é capaz de se apresentar como adequado aos anseios da Carta de Nova Iorque. O Comitê da Carta de Nova Iorque, de antemão, rejeita o modelo de competência, no entanto, essa rejeição merece ser criticada. Quando se considera a definição dada à deficiência em seu artigo 1, a Carta de Nova Iorque – e o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu artigo 2º-, há uma exclusão de pessoas com deficiência mental, isso porque considera-se apenas impedimentos de longo prazo, ignorando-se a existência de períodos de remissão de transtornos, como no caso de esquizofrenia e transtorno bipolar (SCHOLTEN; GATHER, 2017).

Fato é que o Comitê já esclareceu que essas pessoas estão incluídas na definição de pessoas com deficiência. No entanto, a temática permanece nebulosa e merecedora de discussões. O escopo desse direito ainda precisa ser determinado. O ponto é que capacidade legal não deve depender de capacidade mental. As pessoas com deficiência mental devem ter o direito de conduzir sua própria vida e tomar suas decisões de saúde (SCHOLTEN; GATHER, 2017).

Os testes de avaliação de competência possuem a vantagem de analisar elementos que estão envolvidos na racionalidade das decisões de uma pessoa ao praticar atos da vida civil. No entanto eles são capazes de apoiar a habilidade

de tomada de decisão a partir da conjugação desses elementos. Nesse sentido, existem críticas quanto a esses testes que destacam sua incapacidade de verificar de que maneira as pessoas tomam decisões, sendo eles focados em funcionalidades da pessoa ou até mesmo na questão neuropsicológica e/ou cognitiva, revelando-se como avaliações imprecisas (ALBUQUERQUE, 2021).

No entanto, essa pesquisa não se filia ao entendimento das críticas citadas, haja vista que referidos testes, ao serem capazes de verificar a racionalidade de decisões e a forma como elas são expressas, aparentam ter o condão de abarcar tanto o discernimento de uma pessoa, quanto a sua capacidade de expressar vontade, indo além de ambas.

Considerando o fato de que ir além denota em como não reduzir o foco à eventual capacidade ou incapacidade; ou ao simples funcionamento ideal da mente, e busca fomentar a autonomia em sua amplitude máxima, observa-se que eles atingem os objetivos buscados pela Carta de Nova Iorque baseados na busca da não discriminação. É importante que a pessoa com deficiência mental tenha voz e seja ouvida e a utilização desses testes com base no critério da competência permite isso, não devendo os testes ser vistos sob uma ótica reducionista. Nesse sentido:

É importante compreender que não são apenas os profissionais médicos – e em particular psiquiatras – que podem realizar uma avaliação de capacidade. Haverá algumas circunstâncias em que será necessária a especialização específica de um profissional médico, mas isso devido à sua experiência, não por causa da posição que ocupam. Uma avaliação de capacidade é, de todo modo, uma tentativa de ter uma conversa real com a pessoa em seus próprios termos e aplicar seu próprio sistema de valores. Frequentemente, profissionais ou outras pessoas que conhecem a pessoa melhor, e em particular quem já viu a pessoa ao longo do tempo, poderá fazer uma avaliação mais robusta avaliação de capacidade do que uma pessoa (de qualquer disciplina) que 'saltou de pára-quedas'.⁶⁰ (KEENE, *et al.*, 2019, p. 3, tradução nossa).

Aline Albuquerque (2021, p. 143), destaca que “ainda estamos na era da interdição, de perícia médica e da abordagem baseada no status, bem como na

⁶⁰ It is important to understand that it is not only medical professionals – and in particular psychiatrists – who can carry out a capacity assessment. There will be some circumstances under which the particular expertise of a medical professional will be required, but that is because of their expertise, not because of the position they hold. A capacity assessment is, in many ways, an attempt to have a real conversation with the person on their own terms, and applying their own value system. It is frequently the case that professionals or others who know the person better, and in particular who have seen the person over time, will be able to do a more robust capacity assessment than a person (of whatever discipline) 'parachuted' in for a snapshot assessment.

total ausência de apoio para tomada de decisão apoiada”. O caminho é árduo e a discussão sobre a autonomia da pessoa com deficiência mental é complexa, mas, justamente por esse motivo, é merecedora de propostas de mudança no modelo de capacidade sustentado pela teoria das capacidades civis brasileira.

De acordo com Aline Albuquerque (2021), o critério ou modelo de competência, pautado na avaliação da capacidade mental, permite que se realize a distinção entre pessoas consideradas autônomas ou não para o exercício de atos da vida civil. Isso porque, nesse processo, há a possibilidade de se verificar as vontades, preferências e racionalidade de determinada pessoa para decidir sobre determinado ato. Logo, ao se considerar o conteúdo e o contexto de uma tomada de decisão, seu caráter autônomo se faz presente. Nesse contexto:

Na verdade, a autonomia se confirma como uma aptidão pessoal, e portanto também como competência cognitiva. É ela que permite, graças à compreensão normativa e suas consequências, assegurar a competência durante a passagem pelos diferentes “estados”, tais como eles foram definidos pela psicologia do desenvolvimento “moral”. Isto resulta, mais precisamente, que a autonomia assim considerada deve ser avaliada subjetivamente pelo indivíduo em questão, ao mesmo tempo que se abre a idêntica possibilidade, desta vez do exterior, vinda dos participantes da autonomia de se pronunciar sobre o sentido que nós todos temos que dar à afirmação da autonomia. (MELKEVICK, 2017, p. 648).

É importante ressaltar que “a capacidade decisional é considerada específica, ou seja, não é aceitável afirmar que uma pessoa é ‘incapaz’ para todas as decisões e em todas as áreas da vida” (ALBUQUERQUE, 2021, p. 82). Referida afirmação pode ser ilustrada por meio de exemplos práticos.

De acordo com Edmund Howe (2020), tem-se o caso sobre uma bailarina que em razão de uma condição de saúde, precisou amputar os pés para sobreviver. Ao recusar a amputação, a bailarina começou a ser questionada acerca da sua capacidade de decisão, optando, ao final, pela amputação e permanecendo viva. A partir desse caso, percebe-se que:

[...] não obstante seja inaceitável na atualidade considerar uma pessoa incapaz apenas em razão da “irracionalidade” da sua decisão, nos cuidados em saúde, esse julgamento sobre a “racionalidade” da decisão ainda influencia a avaliação da capacidade do paciente de decidir. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 81).

ilustrativa, por sua vez, também destacam que:

Os pacientes com TA [transtorno de anorexia] não são globalmente incompetentes, mas o comprometimento de seus pensamentos, percepções, julgamentos, comportamentos e a capacidade de atender as demandas para a manutenção da vida os colocam sob risco de intervenção. Muitos pacientes que recusam o tratamento parecem ter a capacidade de decidir sobre o fato. Ao mesmo tempo, frequentemente estão gravemente doentes e se beneficiarão com o tratamento se estão sob risco de vida significativo. Os pacientes com TA apresentam comorbidades (depressão, transtornos de personalidade) que podem impedi-los de procurar tratamento. (MOREIRA; OLIVEIRA, 2008, p. 161).

Diante de todo exposto, Aline Albuquerque (2021), leciona que, embora haja discussões no campo acadêmico, não se vislumbra um movimento, na prática, que caminhe em uma mudança no modelo de capacidade jurídica existente na teoria das capacidades civis brasileira. No entanto, referida medida é necessária, principalmente no tocante à situação da pessoa com deficiência mental. É certo que “em última instância, a declaração de incapacidade jurídica consubstancia um ato negatório de direitos humanos”, a despeito de reconhecê-la admissível em alguns casos”.

É importante que se reconheça a relevância tanto da Carta de Nova Iorque quanto, no contexto brasileiro, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Mas, ainda nota-se uma visão estigmatizadora da pessoa com deficiência mental, o que culmina em uma tendência de tratamento paternalista e que não vislumbra outra alternativa que não perpassa por limitações na autonomia dessas pessoas. Nesse sentido:

O Direito Civil permanece com o foco no ato praticado pela pessoa incapaz e nas suas consequências jurídicas, e não na própria pessoa e nos meios de suporte existentes hoje no mundo para promover sua autonomia pessoal. Não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma disciplina normativa acerca dos apoios para tomada de decisão, exceto a tomada de decisão apoiada, prevista no Código Civil após a alteração decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência. (ALBUQUERQUE, 2021, p. 186).

Mais do que proteção, aspecto que permeia a teoria das capacidades civis brasileira desde a sua criação, deve-se lembrar sempre do aspecto promocional, consubstanciado na dignidade e liberdade de decisão da pessoa com deficiência.

5 CONCLUSÃO

Como foi possível observar durante todo o desenvolvimento do trabalho, o assunto da capacidade no modelo legal de capacidade civil adotado pela teoria das capacidades civis brasileira é bastante complexo. No entanto, essa pesquisa, que se apresenta como uma contribuição teórica ao assunto, apresenta alguns pontos conclusivos.

Diante do que foi apresentado, é possível compreender o quanto é importante uma mudança de paradigma na teoria das capacidades civis brasileira. A partir da Carta da Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o reconhecimento dessas pessoas como sujeitos que precisam sair de um papel de ocultamento e invisibilidade perpassa pelo reconhecimento de sua autonomia e diversidade pelo referencial dos direitos humanos.

Referida mudança apresenta um paradigma que se coaduna com os objetivos da Carta de Nova Iorque e do Estatuto, diferente do referencial até então adotado que volta seus olhos apenas para a questão da saúde mental e, na prática, ainda se apoia em uma visão médica da deficiência.

O foco da pesquisa voltou-se para a pessoa com deficiência mental justamente porque o referencial da teoria das capacidades civis brasileira teve a saúde mental como eixo central. Além disso, instrumentos como a curatela também apoiaram-se, por muito tempo, na saúde mental pelo modelo médico de deficiência, o que trouxe implicações jurídicas e práticas para esse grupo de pessoas. Desse modo, a partir desse paradigma, o Direito preocupa-se em identificar quem pode ou não realizar atos da vida civil de maneira autônoma.

A proposta do Estatuto e da Convenção é escancarar à sociedade que as pessoas com deficiência podem exercer sua autonomia nos atos da vida civil de uma maneira ou de outra. A morte civil não deve ter vez, ainda que, na essência, essa realidade nunca tenha sido o objetivo da teoria das capacidades civis. Além disso, esse exercício autônomo de atos da vida civil deve compreender a possibilidade de cometer erros, comum a todo ser humano.

Outro ponto de destaque é a interdisciplinaridade, que se mostra inegavelmente necessária à temática. É preciso saber quem é a pessoa com deficiência e não apenas o que é a deficiência, afinal, vivemos em uma sociedade plural e diversa. É preciso enxergar a pessoa com deficiência sob o viés promocional e protetivo e não apenas de modo paternalista.

O auxílio de outras áreas do conhecimento, como a Medicina, se torna importante, justamente por reconhecermos que cada uma tem sua competência dentro desse tema. O Direito tradicional, sozinho, não é capaz de, apenas com a teoria das capacidades civis, solucionar adequadamente as questões postas sobre a análise de critérios para o estabelecimento de incapacidade. Por essa razão é necessário que ele recorra a outras áreas do conhecimento para a construção de suas normativas. Um paralelo que pode ser feito para ilustrar essa questão é o caso da gravidez e o Direito de Família: à Medicina cabe a incumbência de estabelecer a dogmática biológica a esse respeito e o Direito, a partir disso, estabelece seu regramento, prevendo as implicações desse fato na manutenção de uma entidade familiar, como, por exemplo, quando estabelece a presunção de filhos de um casamento quando nascidos no prazo de 180 dias após o estabelecimento da convivência conjugal.

À Medicina, cabe a formulação de normas médicas e ao Direito a formulação de normas jurídicas, sendo que uma não tem competência para criar ou produzir normas que perpassam pelo conhecimento técnico da outra. Por isso falamos em interdisciplinaridade e harmonização entre áreas do conhecimento e não em sujeição ou perda de autonomia de uma em relação à outra.

Assim, questiona-se: uma resposta jurídica é suficiente para a solução de uma questão na prática? Criar ou alterar leis, é suficiente? Podemos afirmar que não. No entanto, ao buscarmos a construção dessas respostas, como no caso dessa pesquisa ao buscar a formulação de uma nova epistemologia para a teoria das capacidades civis, abre-se a possibilidade de construirmos um olhar crítico que, entre outras coisas, acarreta essas mudanças legais e fornece subsídios para as mudanças sociais.

Essas mudanças legais, por sua vez, não necessariamente precisam passar por propostas que observem mudanças legislativas. O próprio sistema de jurisprudência, dentro do nosso ordenamento jurídico, pode oferecer balizas para o enfrentamento da discussão, oferecendo interpretações ao Estatuto que levem em consideração os pontos sensíveis da problemática acerca do estabelecimento de incapacidade.

Por fim, como se observou, verificou-se que, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Carta de Nova Iorque, nenhum dos critérios adotados pela teoria das capacidades civis brasileira experimenta uma unanimidade de aceitação e adequação quanto aos anseios desses diplomas

normativos. A competência, por sua vez, apesar de não se apresentar como uma solução perfeita ao problema, se utilizada junto ao viés da tomada de decisão apoiada, em um modelo de capacidade legal que comporte ambos os elementos, pode ser uma formulação futura a ser adotada e que corresponda a esses objetivos.

Essa afirmação é possível de ser feita, haja vista que a Tomada de Decisão Apoiada, se apresenta como um instrumento que não se constitui como uma salvaguarda substitutiva de decisão para a pessoa com deficiência. Já o critério da competência, ao considerar que a capacidade mental de qualquer pessoa inexiste a todo tempo e se apresenta como flutuante, bem como considera avaliar as habilidades e capacidades humanas na tomada de decisão, leva à compreensão de que deve-se pensar em instrumentos e parâmetros de avaliação e apoio que compreendam todas essas questões.

Logo, o critério da competência permite falar em tomada de decisão e dentro disso, avaliação da limitação do exercício da autonomia para exercer essa capacidade. Não se discute, portanto, a avaliação da capacidade para atos da vida civil. A questão passa por uma espécie de afunilamento, que busca ir além de uma visão binária da capacidade e do simples estabelecimento, de antemão, de atos que a pessoa pode ou não realizar quando a discussão envolver capacidade mental.

Vale destacar que, apesar de no sistema jurídico brasileiro já existir um instrumento de avaliação da deficiência – e não da capacidade – este, no ponto conclusivo dessa pesquisa, ainda não se mostra suficiente para corresponder aos anseios da Carta de Nova Iorque. Isso porque mostra-se, tanto o instrumento, quanto as discussões que o envolvem, focado em categorizar pessoas com deficiência dentro de uma visão funcional, colocando-se, inclusive, a matriz de avaliação da pessoa com deficiência intelectual em segundo plano.

A realidade é que, considerando as diversidades que envolvem a compreensão do funcionamento da mente, não é possível, pelo menos a princípio, que se estabeleça um instrumento único, já que, inevitavelmente, ele não é capaz de oferecer uma avaliação completa da saúde integral de uma pessoa. Desse modo, instrumentos diversos, para situações concretas diversas, devem ser considerados.

Ademais, não é demais destacar que, no atual sistema jurídico do Brasil, trabalha-se a avaliação da deficiência e não a avaliação da capacidade. Esses

assuntos estão interligados. A presente pesquisa foca sua nova epistemologia na avaliação do exercício de autonomia que culmina na sua limitação para o exercício da capacidade de fato e, para tanto, é necessário que se compreenda também o que é entendido como deficiência.

Desse modo, considerando todos esses argumentos, verifica-se que a hipótese dessa pesquisa, a partir do que foi apresentado acerca do critério da competência, foi confirmada. Isso porque este, entre os critérios anterior e atual utilizados pela teoria das capacidades civis brasileira, se mostrou como possível de ser utilizado por oferecer, dentro da sua dogmática, uma adequação ao que propõe a Carta de Nova Iorque, dentro da ideia de proteção e promoção destinada à pessoa com deficiência.

Por se mostrar como um critério que apresenta uma amplitude de avaliação das habilidades de uma pessoa para tomada de decisão, considerando seu aspecto mental, em conjunto com fatores diversos como ambientais, sociais, físicos e as demais barreiras que impedem o livre exercício de autonomia, a pesquisa a ele se filia.

REFERÊNCIAS

ABRASCO, Associação Brasileira de Saúde Coletiva.

Nota de posicionamento pela imediata implementação da avaliação biopsicossocial da deficiência, pelo instrumento IFBrM. Comunicação

Abrasco, 2021. Disponível em:

<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/implementacao-instrumento-ifbrm/62312/>. Acesso em: fev. 2023.

ALBUQUERQUE, Aline. **Capacidade jurídica e direitos humanos.** 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ALBUQUERQUE, Aline. **Manual de Direito do Paciente.** Belo Horizonte: CEI, 2020.

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ALMEIDA, Vitor. **Teoria das Capacidades, pessoas com deficiência e vulnerabilidades no direito brasileiro.** 25 de junho de 2020. 1 vídeo (2:14:36 min). Publicado por: Marcos Ehrhardt Jr. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=T0jDqsfLmeA&t=563s>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano,** 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; LINS-KUSTERER, Liliane. O redimensionamento das vulnerabilidades no âmbito da relação médico-paciente diante da covid-19 no contexto pandêmico brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** V.24 N.47, 2021. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/26180>. Acesso em: 16 jan. 2022.

ARAUJO, Saulo de Freitas. O Nome e a Coisa: Sobre as Origens da Psicologia Como Ciência. **Estudos e Pesquisas em Psicologia,** Vol. 03

2021. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:HV23TnYkJ98J:https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/62739/39414&hl=pt-BR&gl=br&strip=1&vwsrc=0>. Acesso em: fev. 2023.

BALDISSERA, Olivia. **O que estuda a neurociência, campo que revolucionou o conhecimento científico.** Pontífica Universidade Católica do Paraná, 01 de abril de 2021. Disponível em:

<https://posdigital.pucpr.br/blog/neurociencia#:~:text=A%20neuroci%C3%Aancia%20estuda%20o%20sistema,no%20processo%20de%20envelhecimento%20humano..> Acesso em: 04 ago. 2022.

BARROS, Eloa Leao Monteiro de. **Aplicabilidade da tomada de decisão apoiada no tribunal de justiça de Minas Gerais [manuscrito]: uma nova epistemologia a partir da teoria decolonial e da teoria crítica da (re)invenção dos Direitos Humanos,** 2022.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. **Revista de Processo**, vol. 247, setembro de 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF. Acesso em: 04 ago. 2022.

BERCHERIE, Paul. **Os fundamentos da clínica**: história e estrutura do saber psiquiátrico. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10. Ed. Atual. Por Achilles Bevilaqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. 1 3ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927.

BOÉCIO. **Escritos (Opuscula Sacra)**. Trad. Intr. e notas de Juvenal Savian Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOGÉA, Diogo. Para além do binarismo racional: uma aproximação etimológica da metafísica da vontade. **Revista lampejo**. Vol. 9, n. 1, p. 188-202, 2016.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: trabalhos relativos à sua elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. **Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Rio de Janeiro, 3 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24559impresao.htm. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro/RJ, Presidência da República, 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1923.** Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1823. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM....-20-10-1823.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 Jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 01 Jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 Jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de

novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República, 18 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.907, de 02 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória das Carreiras de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República: 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11907.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reestrutur%C3%A7%C3%A3o%20da,de%20que%20trata%20o%20art. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/z...-247019818>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **MANUAL DO ÍNDICE DE FUNCIONALIDADE BRASILEIRO**.

Disponível em:

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4keu1XtoTjCJ:https://www.iets.org.br/IMG/pdf/if-br_manualaplicacao_-_pesquisa_de_campo_etapa_2.2_-_meta_2_.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 09 set. 2020.

BRAGATO, Frenanda Frizzo. **Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade**. Quaestio Iuris. vol.09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1806-1823. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21291>. Acesso em: 03 mar. 2022.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Racionalidade e discernimento: um debate filosófico-jurídico sobre a alteração dos critérios de definição da capacidade civil. **opinião jurídica**, Medellín, v. 17, não. 34, pág. 151-170, dezembro de 2018. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302018000200151&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 22 de março de 2022.

CARDOSO Ângela Maria Rosas Cardoso; ALBUQUERQUE, Aline. **O modelo de assistência à saúde mental das pessoas em uso problemático de drogas: uma reflexão sob a ótica dos Direitos Humanos dos Pacientes**. Cad. Ibero-amer. Dir. Sanit., Brasília, 9(4): out./dez., 2020.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa Com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 17-

33.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no Direito Civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013.

CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de. **Incapacidade civil e restrições de Direito**. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment n. 1**. Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/1483330>. Acesso em: 10 out. 2022.

COMPETÊNCIA. *In*: VESCHI, Benjamin. **Etimologia: origem do conceito**. 2020. Disponível em: <https://etimologia.com.br/competencia-competicao-competir/>. Acesso em: 10 out. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Nota Técnica nº 6/2019/GTEC/CG**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/legislacao/notas-tecnicas/>. Acesso em 07 ago. 2021.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: parte geral**. Vol.1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. e-book

CORDEIRO, Gláucia. **Você sabe o que é IFBrM?** 2020. Disponível em: <https://glauciacordeiro.com.br/voce-sabe-o-que-e-ifbr-m/>. Acesso em: fev. 2023.

COSTA E SILVA, José da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

COUTINHO, Domingos Macedo. **Parecer consulta: 33/99**. Assunto: diferença técnica entre “doença mental” e “deficiência mental”. CRMBA. Aprovado em 20/12/1999. Disponível em: <https://www.cremeb.org.br/index.php/normas/%E2%80%8E>. Acesso em: 12 mar. 2022.

DESVIAT, Manuel. **A reforma psiquiátrica**. Tradução de Vera Ribeiro. Coleção “Loucura e civilização”. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

DONNELLY, Mary. **Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism**. Cambridge: Cambridge, 2011.

EPISTEMOLOGIA. *In*: VESCHI, Benjamin. **Etimologia: origem do conceito**. 2019. Disponível em: <https://etimologia.com.br/epistemologia/>. Acesso em: 10 out. 2022.

SCOREL, Manuel Clementino de Oliveira. Código Penal Brasileiro. São Paulo: Duprat e comp., 1905, v.I, p. 120, *apud*. PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimizabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *In*: **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, mai./ago. 2002.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIAS, Cristiane Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. **Construindo o conceito de competência**. RAC, Edição Especial 2001: 183-196.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). 2 ed. (Trad. Eduardo Brandão). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 19.

FRANÇA, Tiago Henrique. A normalidade: uma breve introdução à história social da deficiência. *in*: **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, v.6, n. 11, p. 105-120, 2014.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Ministério da Justiça e negócios interiores. Serviço de documentação. Rio de Janeiro, 1952.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 V. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 07 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. 1, Parte geral. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Gomes, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRISST, APPELBAUM PS. **Assessing competence to consent to treatment: a guide for physicians and other health professionals**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HALL, Margaret Isabel. Mental capacity in the (civil)law:capacity,autonomy,and vulnerability. **McGill Law Journal**. Revue de droit de McGill. (2012) 58:1 McGill LJ 1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=208324>. Acesso em: 09 out. 2022.

HERRING, Jonathan. **Relational autonomy and Family Law**. Oxford: Springer, 2014.

HOSNI, David Salim Santos. O conceito de deficiência e sua assimilação legal:

incompatibilidade entre concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 35-58.

HOWE, Edmund G. Beyond Determining Decision-Making Capacity. **The Journal of Clinical Ethics**. 31, no. 1. 3-16, 2020. Disponível em: <http://clinicaethics.com/2020311003.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

JUNIOR, Octavio Domont de Serpa. O papel da psiquiatria na reforma psiquiátrica. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. N.16 v.12, p. 4675-4687, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/SHwdxQBdbtr9yF464Zby4yL/abstract/?lang=pt>. Acesso em 12 mar. 2022.

KEENE, Alex Ruck *et al.* **A brief guide to carrying out capacity assessments**. 2019. Disponível em: <https://1f2ca7mxjow42e65q49871m1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/11/Mental-Capacity-Guidance-Note-Capacity-Assessment-March-2019.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

LARA, Mariana Alves. **CAPACIDADE CIVIL E DEFICIÊNCIA**: entre autonomia e proteção. 1ª reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

LARA, Mariana Alves. EM DEFESA DA RESTAURAÇÃO DO DISCERNIMENTO COMO CRITÉRIO PARA A INCAPACIDADE DE FATO. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil** | Belo Horizonte, v. 19, p. 39-61, jan./mar. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/washi/Downloads/361-963-1-SM.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

LÉXICO. **Discernimento**. Dicionário de português online. 2022. Disponível em: <https://www.lexico.pt/discernimento/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBÔA, Natália de Souza. **Justiça de transição, direitos humanos e epistemologias dominantes**: considerações para a América Latina. Belo Horizonte, 2017.

LOREZENTTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOURENÇO, Bruno. Soraya comemora avanço na avaliação biopsicossocial da deficiência. **Senado Federal**, 10 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/soraya-thronicke-comemora-criacao-de-grupo-que-vai-definir-modelo-de-avaliacao-biopsicossocial-da-deficiencia>. Acesso em: 09 set. 2020.

MACKLIN, Ruth. Bioética, Vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei;

PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Tradução Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.59-70.

MADALENO, Rolf (1954). **Direito de Família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luigia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições. **Rev Latino-am Enfermagem**, v. 14, n. 2, p. 251-258, mar/abr. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/v14n2a15>>. Acesso em: 20 Fev. 2017.

MARRODÁN, Alvaréz et al. Limits on the use of the MMSE for Assessment of capacity to consent for treatment. **The European of Psychiatry**, 2018.

MACKENZIE C, STOLJAR N (eds) (2000) **Relational autonomy**. Oxford University Press, New York.

MEIRELLES, Ana Thereza; SÁ, Maria de Fátima Freire; VERDIVAL, Rafael; LAGE, Caio. A compreensão das dimensões da vulnerabilidade humana as situações jurídicas existenciais: uma perspectiva a partir da autonomia. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, V. 25, N. 49, 2022. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/27748>. Acesso em: 28 out. 2022.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em: abr. 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Parte Geral. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte especial: direito de família: direito parental, direito protetivo**. V. 9, Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Carlos Alexandre; AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis. Personalidade dos embriões criopreservados – viada viável ou não?. **Revista Jurídica Direito & Paz**. São Paulo, SP – Lorena, Ano XII, n. 41, p. 24-39, 2º Semestre, 2019.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *In*: **Revista de Direito Privado**, ano 1, n. 2, abril-junho, p. 187-204, 2000.

MOREIRA, Luiza Amélia Cabus; OLIVEIRA, Irismar Reis de. Algumas questões éticas no tratamento da anorexia nervosa. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**. 2008;57(3):161-165. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/jbpsiq/v57n3/01.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 306p.

NETO, José Gallucci; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. Arch. Clin. Psychiatry, vol. 32, n.3, São Paulo, Jun 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpc/a/vDWWRwxcyLdXzvSqy5NSSx/?lang=pt#:~:text=A%20dem%C3%Aancia%20%C3%A9%20caracterizada%20por,et%20al.%2C%201997>). Acesso em: 22 mar. 2022.

NETO, Eugênio Facchini. **Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo.** Ano 50 Número 198 abr./jun. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf>. Acesso em: fev 2023.

NUSSBAUM, Martha. Human dignity and political entitlements. In: PELLEGRINO, Edmund D.; SCHULMAN, Adam.; MERRIL, Thomas W. (Eds.). **Human Dignity and Bioethics.** Indiana: University of Notre Dame, 2009.

OISETH, Stanley; JONES, Lindsay; MAZA, Evelin. **Capacidade de Tomada de Decisão e Competência Jurídica.** Lecturio, 2022. Disponível em: <https://www.lecturio.com/pt/concepts/capacidade-de-tomada-de-decisao-e-competencia-juridica/?fv=1>. Acesso em: 10 out. 2022.

OLIVEIRA, André Luiz de. ANTÚNEZ, Andrés Eduardo Aguirre. A estrutura da pessoa humana em Edith Stein: indicação para a formulação de uma psicologia fundamentalmente humana. **Revista Psicopatologia Fenomenológica Contemporânea.** v.6 (2), p. 124-144, 2017.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. **Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constitution Of The World Health Organization.** New York, 19 de jun de 1946. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>. Acesso em: 04 ago 2022.

PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição e princípio. **Revista Brasileira de Bioética,** 2(2), 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966/6538>. Acesso em: 05 out. 2020.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional** : um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano / Flávia Piovesan ; prefácio de Celso Lafer. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Éverton Luís; BARBOSA, Livia. **Índice de Funcionalidade Brasileiro: percepções de profissionais e pessoas com deficiência no contexto da LC 142/2013**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, p. 3017-3026, Oct. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003017&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 Set. 2020.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *In: História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, mai./ago. 2002.

PESSOTI, Isaías. **A loucura e as épocas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

PRANDONI, Raul Fernando Sotelo; padilha, Maria Itayra Coelho de Souza. A reforma psiquiátrica no Brasil: eu preciso destas palavras. **Revista Texto & Contexto Enfermagem**. N 13, v. 4, 2004.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ. **Grécia e Roma**: um resumo para se dar bem no ENEM., 2022. Disponível em: <https://ead.pucpr.br/blog/grecia-e-roma>. Acesso em: fev 2023.

REZENDE, Joffre Marcondes de. Linguagem médica: afecção, doença, enfermidade, moléstia. **Rev Patol Trop**, vol. 43, n.3, p. 385-388. jul.-set. 2014.

RIBEIRO. Moacyr Petrocelli de Ávila. **Estatuto da pessoa com Deficiência**: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. Colégio notarial do Brasil, Seção São Paulo [*online*] Publicado em: 26 ago. 2015. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=10744&filtro=&Data=&lj=1366. Acesso em 12 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Manual de redação mídia inclusiva**. Porto Alegre: Divisão de comunicação visual da ALRS, 2011.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**: uma análise do novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire e; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 5ª ed, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SADOCK, Benjamin J.; SADOCK, Virginia A.; RUIZ, Pedro. **Compêndio de psiquiatria**: ciência do comportamento e psiquiatria clínica. Porto Alegre: Artmed, 2017.

SANTOS, Raquel Luiza et al. MacArthur. Competence Assessment tool for treatment na doença de Alzheimer: adaptação transcultural. **Arquivos de Neuropsiquiatria**, v 75, n. 1, p. 36-43, 2017.

SASS, Hans-Martin. Promover a educação em saúde para enfrentar a doença e a vulnerabilidade. *In*: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Tradução Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.79-85.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHIOCCHET, Taysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. *In*: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. (Org.) **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SCHOLTEN Matthé; GATHER Jakov. Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward. **J Med Ethics**. 2018 Apr; 44 (4) :226-233, 2017. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/44/4/226.long>. Acesso em: 10 out. 2022.

SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, v. 12, n. 24, p. 26-51, nov. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/9651/6299>. Acesso em: 07 ago. 2021.

SILVERS, A. Na Essay on Modeling: The Social Model of Disability. *In*: Ralston, D. C.; Ho, J. (eds). **Philosophical Reflections on Disability**. Dordrecht: Springer, p. 19-36, 2010.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. 1ª Reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Autonomia decolonial da pessoa com deficiência no Brasil. *In*: ROCHA, Paulo Henrique Borges da; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; OLIVEIRA, Patrícia Miranda Pereira de. **Decolonialidade a partir do Brasil**. 1ª ed, Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. PESSOA COM DEFICIÊNCIA: O DIREITO AO CASAMENTO A PARTIR DA ABORDAGEM DAS VULNERABILIDADES **Direito de família e das sucessões** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA. Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin; João Vitor Penna e Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/wh5rju9z/cxGMTg1E3fTbucC8.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2022.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 208 p.

STEIN, E. (2003). Estructura de la persona humana. *In*: obras completas IV. **Escritos antropológicos y pedagógicos**. (F. J. Sancho, e cols., J. Urkiza, revisão. Madrid: Editorial Monte Carmelo. (originais de 1932-33).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo n.º 694**. Brasília, 03 de maio de 2021. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018130>. Acesso em: 20 março de 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Após Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidade absoluta só se aplica a menores de 16 anos**.

STJ, notícias, 02 de julho de 2021. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02072021-Apos-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia--incapacidade-absoluta-so-se-aplica-a-menores-de-16-anos.aspx>. Acesso em: 20 de março de 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Pessoas com deficiência: o direito à inclusão e à igualdade segundo o STJ**. STJ, notícias, 15 de setembro de 2019. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/Pessoas-com-deficiencia-o-direito-a-inclusao-e-a-igualdade-segundo-o-STJ.aspx>. Acesso em: 20 de março de 2023.

TABORDA, José G. V. Exame pericial psiquiátrico. *In*: TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. **Psiquiatria forense**, Porto Alegre: Artmed, 2014, p. 43-67.

TARTUCE, Flávio, 1976 - **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214> Acesso em: 07 nov. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil**: direito de família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TORTORA, Gerar J.; DERRICKSON, Bryan. **Princípios de anatomia e fisiologia**. Trad. Ana Cavalcanti C. Botelho *et. al.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

TRIGINELLI, Wânia do Carmo de Carvalho; RABÊLO, Rafael Del-Faro. Igualando desigualdades: implicações da capacidade plena das pessoas com deficiência mental no direito notarial. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Orgs.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 61-70.

UNITED NATIONS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**, 30 de março de 2007. Disponível em:

<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html#Fulltext>. Acesso em: 07 ago. 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Programa de Pós-graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos. **Linha de pesquisa**. Ouro preto, 2020. Disponível em: <https://novosdireitos.ufop.br/>. Acesso em: 24. Out. 2020.

UPIAS. **Fundamental principles of disability**. London: Union of the Physically Impaired Against Segregation, 1976.

VARELLA, Luís Carlos Pereira. **LETTRES DE CACHET**: jovens internos e egressos do Instituto de Psiquiatria do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/88747/232037.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 ago. 2022.

VIEIRA, Patrícia Ruy. A interdição civil no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 826, p. 91-118, ago. 2004.

VIESCHI, Benjamin. **Etimologia do discernimento e discernir**. Etimologia: origem do conceito. 2020. Disponível em: <https://etimologia.com.br/discernimento-discernir/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

VILELA, Lailah. **1º Seminário brasileiro sobre avaliação biopsicossocial da deficiência**. 13 de abril de 2022. 1 vídeo (47:26). Publicado por: Fiocruz Brasília. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=DSunEFTFLs4&list=PLPyO8qVoPmBTy-BSiJ8lK_se8ggmmCeav&index=2&t=4802s. Acesso em: fev. 2023.

WOODBURN, H. Nothing about us without civil society: The role of civil society actors in the formation of the UN Convention of Rights of Persons with Disabilities. **Political Perspectives**. Vol. 7, n. 1, p. 75-96, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders**. Clinical descriptions and diagnostic guidelines. 2014. 267p. Disponível em: <https://www.who.int/classifications/icd/en/bluebook.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2019). **Legal capacity and the right to decide**: WHO QualityRights core training: mental health and social services: course guide. World Health Organization. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/329539>. Acesso em: 09 out. 2022.

ZACCHIAS, Paolo. **Questiones medico-legales**. Tomo Prior. Roma: CVM Privilegiis, 1661. 552p. Disponível em: https://play.google.com/books/reader?id=sGbMbgfnZ9YC&pg=GBS.PP6&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR. Acesso em: 12 mar. 2022.

