

ANÁLISE DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL NO DIREITO CIVIL HOJE | ANALYSIS OF THE LEGAL SITUATION OF THE CARRIER OF MENTAL DEFICIENCY IN CIVIL LAW TODAY

DÉBORA FERNANDES PESSOA MADEIRA
ARAMIS BAYER DE LIMA
PAULO SÉRGIO ROCHA JUNIOR

RESUMO | Com a promulgação da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 – intitulada Estatuto das Pessoas com Deficiência ou simplesmente EPD – houve alteração de muitos institutos do Direito Civil, inclusive as hipóteses de incapacidade. No rol das incapacidades, fora suprimida das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, respectivamente, aquela que decorria da deficiência mental. Com essa supressão, tem-se que a legislação atual trata as pessoas com deficiência mental capazes em regra e, por meio de processo de curatela e a título de exceção, elas podem se tornar relativamente incapazes. Assim, foi investigado nesse artigo se as alterações quanto à incapacidade das pessoas com deficiência mental representaram para tais pessoas uma desproteção jurídica. Para solucionar essa problemática, foram analisadas referências bibliográficas atuais e relevantes, tanto na área jurídica, quanto na bioética. Analisou-se a evolução do tratamento normativo da incapacidade, a evolução do tratamento dispensado pelo Direito às pessoas com deficiência – com foco na deficiência mental – e o itinerário para promulgação do EPD. Concluiu-se que a novel legislação representa um avanço normativo em relação à promoção da pessoa com deficiência mental e foi identificado que a ausência da previsão de as pessoas com deficiência mental poderem ser tratadas como absolutamente incapazes pode representar uma desproteção jurídica às mesmas.

PALAVRAS-CHAVE | Incapacidade. Deficiência mental. Estatuto das pessoas com deficiência

ABSTRACT | *With the enactment of Law 13.146 of July 6, 2015 - entitled Statute of Persons with Disabilities or simply EPD - there were alterations of many institutes of Civil Law, including the hypotheses of incapacity. In the list of disabilities, it had been suppressed from the hypotheses of absolute and relative incapacity, respectively, that derived from mental deficiency. With this suppression, it has been found that current legislation treats people with mental disabilities as a rule and, by way of curatorial process and as an exception, they can become relatively incapable. Thus, it was investigated in that article if the changes regarding the incapacity of the people with mental deficiency represented for such people a lack of legal protection. To solve this problem, we analyzed current and relevant bibliographical references, both in the legal area and in bioethics. The evolution of the normative treatment of incapacity, the evolution of the treatment provided by the Right to the disabled with a focus on the mental deficiency, and the itinerary for the promulgation of the EPD were analyzed. It was concluded that the novel legislation represents a normative advance in relation to the promotion of the person with mental deficiency and it was identified that the absence of the prediction of the people with mental deficiency can be treated as absolutely incapacitating can represent a legal deprotection to them.*

KEYWORDS | *Inability. Mental disability. Status of persons with disabilities.*

1. INTRODUÇÃO

O regime das incapacidades, no Direito Civil brasileiro, foi regulamentado considerando que a capacidade para o exercício de direitos e obrigações decorre do grau de discernimento do sujeito de direito. Assim, quando o sujeito fosse desprovido de discernimento, era tratado como absolutamente incapaz e, quando tinha o discernimento reduzido, como relativamente incapaz.

No caso de algumas doenças mentais – principalmente aquelas em que os intervalos de lucidez são maiores ou enquanto eles forem maiores - o Direito Civil tinha dificuldades de estabelecer se seriam as pessoas portadoras da patologia capazes, ou se seriam relativa ou absolutamente incapazes. Isso porque, como os intervalos de lucidez¹ eram automaticamente desconsiderados quando da declaração de incapacidade, o reconhecimento desta acabava, por muitas vezes, retirando ou diminuindo a autonomia da pessoa com deficiência, no exercício dos atos civis.

Atualmente, mantêm-se as dificuldades, visto que no Código Civil de 2002, os intervalos de lucidez também são desconsiderados e, por isso, fica difícil estabelecer se a pessoa com deficiência mental pode ou não discernir os atos que pratica e como se daria isso nos intervalos de lucidez prolongados.

Com a promulgação do EPD, essa discussão tornou-se inócua, já que as pessoas com deficiência foram tratadas, em regra, como capazes e, quando declaradas incapazes, apenas serão relativamente incapazes, com uma escurreita delimitação de poderes do curador. Nessa regulamentação, discutir a questão dos intervalos de lucidez não faz mais sentido: nesses, a própria pessoa com deficiência mental poderá praticar seus atos. O que se percebe e torna essa temática ainda mais instigante é que o liame entre a concessão de autonomia

¹ É a insanidade mental permanente ou sequer duradoura, que acarreta a incapacidade absoluta do indivíduo, ainda que seja descontínua, isto é, interrompida por intervalos de lucidez. Mas não basta esse requisito da duração; é ainda necessário que se determine grave alteração nas faculdades mentais. (BEVILAQUA, 1966, p. 82).

ao sujeito portador de deficiência mental e a necessidade da proteção jurídica que se deve dispensar ao mesmo é um desafio constante na ciência jurídica.

O desafio, aliás, inicia-se na própria definição jurídica de deficiência. É imperioso reconhecer que a deficiência não consiste tão somente num fato biológico, médico ou genético, mas também social². A sociedade, muito despreparada para conviver com a pessoa com deficiência, não concebe a normalidade do fato de existirem outras maneiras de estar no mundo.

O estudo, no âmbito do Direito Civil, da proteção das pessoas com deficiência frente às modificações trazidas pela novel legislação - lei 13.146, de 06 de julho de 2015, aqui tratada como Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD) -, é muito relevante diante das notáveis alterações geradas ao regime das incapacidades, à teoria das nulidades e ao direito de família, principalmente.

A nova legislação alterou substancialmente o regime das incapacidades regulamentado pelo Código Civil, já que tratou de revogar algumas hipóteses de incapacidade absoluta e relativa descritas nos artigos terceiro e quarto do CC\02.

Salta aos olhos a necessidade de se discutir a situação da pessoa com deficiência mental nesse novo contexto normativo. No ímpeto de conferir autonomia ao deficiente mental, considerou-o capaz, em regra e, como medida de exceção, tornou-se possível a curatela da pessoa com deficiência mental, limitando-se a tratar essa pessoa como relativamente incapaz. Até que ponto essa alteração mantém a proteção jurídica às pessoas com deficiência mental?

A análise da situação jurídica das pessoas com deficiência mental no Direito hoje é urgente e muito relevante tanto teoricamente, já que

2 Deficiência não é mais uma simples expressão de uma lesão que impõe restrições à participação social de uma pessoa. Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente. Assim como outras formas de opressão pelo corpo, como o sexismo ou o machismo, os estudos sobre deficiência descortinaram uma das ideologias mais opressoras de nossa vida social; a que humilha e segrega o corpo deficiente (DINIZ, 2007, p. 5)

modifica bastante a teoria das incapacidades; quanto praticamente, já que altera na prática a maneira de se conferir proteção jurídica a essas pessoas.

2. OS CONCEITOS DE CAPACIDADE E INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL

As capacidades e incapacidades jurídicas são temas que foram tratados, no Direito Civil brasileiro, de maneiras diferentes ao longo do tempo.

Por questão didática, a temática será tratada em Teixeira de Freitas, em Clóvis Beviláqua e hodiernamente, com a promulgação do CC\02, de Miguel Reale.

2.1. CAPACIDADE E INCAPACIDADE EM TEIXEIRAS DE FREITAS

Em 15 de fevereiro de 1855 - ante a proposta extremamente criticada de adotar como lei civil brasileira a obra *Digesto Português*, de Correa Telles -, foi atribuída ao baiano Augusto Teixeira de Freitas a realização da consolidação das leis civis brasileiras. O trabalho do jurista foi concluído e entregue em 1857, a Consolidação das Leis Civis.

Após, 1858, “D. Pedro II determinou a elaboração de um código civil para o império, autorizando o ministro da justiça a contratar um jurisconsulto para a tarefa” (ROBERTO, 2008, p.53). Ato contínuo, Teixeira de Freitas foi contratado para realizar este ofício e, em 1860 ele divulgou o Esboço, para que sua obra, ainda incompleta, fosse alvo de críticas.

Sobre o esboço, muito há de se comentar, mas não é este o objeto de análise do presente artigo. Desta feita, importa mencionar que o esboço não se transformou em Projeto do Código, pois que este fora algum tempo depois elaborado por Clóvis Beviláqua. Todavia, cumpre notar que o Esboço foi utilizado como base do Código Civil Argentino e até hoje é tratado como obra notável na área jurídica (NOCCHI, 2010).

Teixeira de Freitas determinava, no art. 21 do Esboço: “A capacidade de direito é de direito ou de fato. Consiste a capacidade de direito

no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que lhes são proibidos” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E ASSUNTOS INTERIORES, 1952).

O jurista distinguia capacidade de direito e capacidade de fato. Assim, dizendo expressamente ir de encontro aos pensamentos de Savigny acerca do tema, ele afirmava que a capacidade de direito estava relacionada à possibilidade de ser titular de direitos. Para ele, tinha capacidade de direito qualquer pessoa a quem o ordenamento jurídico não endereçava proibições. Em sentido inverso, somente podia haver incapacidade de direito em relação a certas pessoas, quanto aos atos que a norma jurídica proibia de fazer.

Nesse sentido:

Dessa maneira a capacidade de direito envolve sempre uma idéia relativa, mesmo em cada pessoa dada, visto que todas as pessoas são capazes de direito quanto ao que o Código não lhes proíbe, e ao mesmo tempo incapazes de direito quanto ao que se lhes proíbe. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E ASSUNTOS INTERIORES, 1952).

A incapacidade de fato em Freitas referia-se à impossibilidade de obrar, seja por causa física, moral ou ainda, por depender de outrem para realizar os atos da vida civil. No artigo 24 do Esboço, mencionava-se: “Aqueles pessoas que, por impossibilidade física ou moral de obrar, ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer atos da vida civil, são incapazes de fato”.

Acerca desse artigo, o jurisconsulto explicava:

Nesse artigo, indica-se a incapacidade de fato em geral, em todas as suas manifestações, naturais ou acidentais, permanentes ou passageiras, notórias ou dependentes de prova; e as causas de todas essas incapacidades são: 1º incapacidade física de obrar; 2º, impossibilidade moral de obrar; 3º, impossibilidade de obrar por motivo de dependência. O

Código nesse assunto não proíbe *a priori*, reconhece apenas a impossibilidade de obrar para protegê-la e regulá-la e por isso proíbe. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E ASSUNTOS INTERIORES, 1952).

Percebe-se que em Freitas a pessoa com deficiência mental poderia se encaixar tanto nas que possuíam impossibilidade moral de obrar, quanto naquelas que não podiam obrar por dependência. As hipóteses de incapacidade estavam mais atreladas à impossibilidade de agir sozinhas e visavam à proteção daqueles que dependiam de representação para prática de atos da vida civil.

No artigo 41, do Esboço, Freitas tratou da incapacidade absoluta e, dentre as hipóteses, estava “os alienados declarados por tais em juízo”. Assim, apenas os impossibilitados moralmente de obrar e os impossibilitados de obrar por razão de dependência, que o fossem declarados em juízo eram, portanto, absolutamente incapazes.

Interessante mencionar que as pessoas com deficiência mental – em Freitas os alienados -, eram, em regra, capazes e, apenas após processo judicial, poderiam ser tratados como absolutamente incapazes.

Por fim, tem-se que um “ponto inovador da teoria das capacidades de Freitas consiste em sua gradação da capacidade de fato, concebendo a capacidade plena, a incapacidade relativa e a incapacidade absoluta” (CARVALHO, 2013).

2.2. CAPACIDADE E INCAPACIDADE NA CODIFICAÇÃO DE BEVILÁQUA

Clóvis Beviláqua tratava da capacidade de fato como sendo a aptidão para atuar sozinha na realização dos atos da vida civil. Ele distinguia capacidade de fato e capacidade de direito: “A capacidade³ é a extensão concedida dos poderes de ação, em que consiste a personalidade; o exercício é um momento ulterior, em que personalidade realiza, segundo a medida da capacidade, os poderes que a ordem jurídica lhe assegura” (BEVILÁQUA, 1966, p. 69).

³ Referia-se nesse ponto à capacidade de direito.

Na codificação de 1916, Bevilacqua tratou das hipóteses de incapacidade de fato e, dentre elas, trouxe como absolutamente incapazes os “loucos de todo gênero” e foi assim que as pessoas com deficiência mental foram contempladas no rol das incapacidades.

Beviláqua, mesmo tendo proposto uma expressão carregada de preconceitos, entendia que os portadores de alguma moléstia mental deveriam ser protegidos da possibilidade de realizar atos da vida civil quando não conseguissem discerni-los. Explicava o autor:

Alienados, ou loucos, no sentido do Código Civil, são aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para conduzirem socialmente nas várias relações da vida. (BEVILAQUA, 1966, p. 82).

Dessa forma, em Beviláqua, a insanidade mental que tinha caráter duradouro e retirasse, de maneira grave, o discernimento da pessoa, era causa da incapacidade absoluta. O intuito normativo, todavia, foi proteger os que não conseguiam reger a si mesmo e a seus bens.

Por fim, cumpre esclarecer que não havia uma identidade de significados entre a deficiência mental e a incapacidade. Apenas as pessoas com deficiência que não pudessem gerir sua vida eram incapazes e, portanto, o que determinava a incapacidade não era a deficiência, mas sim os efeitos dela na possibilidade de atuar sozinho para a prática de atos da vida civil.

2.3. CAPACIDADE E INCAPACIDADE NO CÓDIGO CIVIL ATUAL

O Código Civil de 2002 repetiu a sistemática da codificação anterior, tratando a capacidade de direito como a aptidão genérica para ser titular de direitos e, por outro lado, a capacidade de fato como sendo a aptidão para praticar, sozinho, os atos da vida civil.

Assim, neste corpo normativo, tem-se que a incapacidade é “o

reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos” (RODRIGUES, 2002, p. 41).

Em que pese o fato de não ter modificado a estrutura teórica da teoria das incapacidades, no Código de 2002 os avanços foram notáveis no que se refere ao rol das hipóteses de incapacidade, mas apenas serão tratados nesse trabalho os avanços atinentes às pessoas com deficiência mental.

Pois bem. Ao invés de a deficiência mental ser tratada apenas dentre as hipóteses de incapacidade absoluta, ela também fora tratada como hipótese de incapacidade relativa. Assim, a preconceituosa expressão *loucos de todo gênero* foi substituída por duas outras mais adequadas. “Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos”, no rol das incapacidades absolutas – art. 3º do CC\02 – e “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, no rol das incapacidades relativas – art. 4º do CC\02.

Percebe-se que a pessoa com deficiência mental poderia ser capaz ou incapaz, neste caso, relativa ou absolutamente incapaz. Isto conforme o seu grau de discernimento.

Por outro lado, quando a pessoa com deficiência era interdita por ser considerada juridicamente como absolutamente incapaz, os seus intervalos de lucidez eram desconsiderados⁴ e, muitas vezes, na prática, isso retirava da pessoa humana, por completo, a autonomia.

A questão da deficiência mental, da interdição dessas pessoas e do seu direito de ser uma pessoa autônoma, na medida da sua possibilidade, já era alvo de estudos críticos.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria, quando tratavam – antes da entrada em vigor do EPD - das deficiências mentais que geram ao portador a possibilidade de integrar-se ao mundo exterior, compreendendo-o, defendia que incumbia ao magistrado graduar a incapacidade e determinar quando a atuação do representante\assis-

4 Assim como o era quando da vigência do CC\16.

tente seria de fato necessária.

É preciso compatibilizar a interdição com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção da sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas conseqüências econômicas da interdição. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 287)

O fato de uma pessoa ser portadora de alguma doença mental não a conduz, necessariamente, à incapacidade. É a impossibilidade de discernir os atos da vida civil e de contatar o mundo social que podem determinar da incapacidade e não a enfermidade em si. Assim constava na previsão normativa do CC\02.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTEADOR DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A proteção das pessoas com deficiência, no direito brasileiro, decorre de uma vasta fundamentação principiológica. Pode-se citar como princípios que embasam à proteção jurídica endereçada a essas pessoas: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade; Princípio do Melhor Interesse dos Incapazes e das Pessoas com Deficiência; Princípio da Solidariedade.

Neste artigo, porém, será trabalhado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como norte interpretativo da novel legislação.

De origem latina, a expressão *dignus* significa “aquele que merece estima e honra”. Nesse tempo, a ideia de dignidade era inerente à espécie humana, mas vista coletivamente e não como decorrência de um direito do indivíduo.

A dignidade como algo que possa ser atribuído individualmente ao ser humano surgiu com o desenvolvimento do Cristianismo. Apoiados na ideia de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de

Deus, os cristãos acreditavam que cada ser humano seria detentor de dignidade.

Ocorre que o conceito jurídico de Dignidade Humana teve seu substrato teórico mais relevante em Kant, pela máxima do imperativo categórico:

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana como tal. (MORAES, *in*: SARLET, 2003, p. 113).

No Direito brasileiro, após as barbáries praticadas contra a dignidade dos seres humanos em tempos de ditadura militar, tem-se que o legislador constituinte de 1988 não apenas trouxe para o corpo normativo a dignidade humana como um princípio jurídico constitucional, mas elevou-a à categoria de fundamento constitucional. “É na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se”. (MORAES, *in*: SARLET, 2003, p. 115).

Almeja qualquer ser social o alcance da dignidade, sendo esta, pois, a representação de um imperativo ético social. Tem-se a Dignidade da Pessoa Humana como um macrop princípio jurídico e o fundamento da CR de 1988.

sendo a dignidade da pessoa humana valor que antecede o direito e o informa, e, ainda, princípio elevado a fundamento da República, acaba por se constituir valor supremo do sistema jurídico. Por conseguinte, afigura-se um vetor fundamental na operacionalização dos institutos jurídicos, tanto os de Direito Público como os de Direito Privado. (FACHIN; PIANOVSKI)

A Dignidade da Pessoa Humana deve ser parâmetro interpretativo dos institutos jurídicos tanto do Direito Privado quanto do Direito Público. Assim, no âmbito do Direito Civil, diz-se que após a CR de 1988, este ramo repersonalizou-se, na exata medida que a proteção e a promoção da pessoa humana passou a ser o seu escopo.

Se antes a proteção do Direito Civil à pessoa humana era precária, visto que esta apenas era percebida enquanto sujeito de uma relação jurídica, a partir da repersonalização estabelecida pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a análise casuística é que permitirá, de maneira concreta, a dignificação do ser humano.

Não há um conceito de dignidade ou uma maneira exata de se atribuir dignidade na prática e, importante frisar, nem deve haver esse conceito ou essa maneira. A atribuição conceitual e prática da dignidade depende, como dito, de uma análise casuística, considerando os elementos concretos tanto da pessoa quanto da sociedade em que ela está inserida. A análise abstrata da dignidade tornaria o princípio jurídico da Dignidade Humana um mero discurso.

O desafio dos estudiosos e operadores do Direito Civil consiste em, tendo nas mãos um código de racionalidade conceitualista e predominantemente patrimonialista, assegurar a promoção da dignidade daqueles que, ou não se inserem nos modelos, ou cujo atendimento das necessidades existenciais pode contrariar o modelo. (FACHIN; RUZYK *In*: SARLET, 2003, p. 89)

No que tange às pessoas com deficiência mental, o referido princípio impõe à plena realização do ser humano. Não é mais admissível, no campo da deficiência mental, a ocorrência do massacre já ocorrido em Barbacena, na década de 30 em diante⁵. É possível conferir tratamento social e médico de qualidade à essas pessoas vulneráveis e, ao mesmo tempo, conferir a estas, sendo possível, a gestão da sua própria vida.

5 HOLOCAUSTO brasileiro,

Não há mais espaço para interpretação da dignidade numa concepção individualista. Nesse sentido:

Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade, e jamais individualista. (FACHIN; PIANOVSKI)

Com o fim de melhor compreender, como, na análise casuística não individualista, pode-se atingir a dignificação da pessoa humana, adota-se nesse trabalho a concepção de Maria Celina Bodin de MORAES (*In*: SARLET, 2003, p. 117-141), para quem a dignidade se desdobra em quatro postulados: a) igualdade; b) integridade psicofísica; c) liberdade; e d) solidariedade.

a) Igualdade: sem abrir mão da igualdade formal – em que todos são iguais formalmente perante a lei – o alcance efetivo da igualdade entre as pessoas que convivem entre si depende do reconhecimento das diversidades. Reconhecer-se a diversidade física entre os seres humanos, a diversidade cultural, é importante o reconhecimento e a proteção jurídica das diversas maneiras e estar e viver no mundo.

Considera-se modernamente que ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura. A identidade da cultura de origem é um valor que deve ser reconhecido, e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade, que justamente o funda e sustenta. (MORAES *In*: SARLET, 2003, p. 123)

Considerando que, ao menos formalmente, vivencia-se a realidade de um Estado Democrático de Direito, é importante reconhecer que não

cabe mais reduzir a democracia a uma carta de igualdades formais. Assim, menciona Boaventura de Sousa SANTOS (2016, p. 18) que é necessário “conceber a democracia como uma nova gramática social que rompa o autoritarismo, o patrimonialismo, o monopolitismo cultural, o não reconhecimento da diferença; tal gramática social implica um enorme investimento nos direitos econômicos, sociais e culturais”.

Assim, em relação às pessoas com deficiência mental, é necessário que se analise como deve ocorrer o reconhecimento da sua diferença, não de maneira genérica, meramente formal. Não se reconhece a diferença senão atribuindo às pessoas com deficiência acesso às garantias fundamentais da constituição, conforme a análise casuística, sob a perspectiva médica, social e pessoal da deficiência.

b) Integridade psicofísica

Em termos genéricos, a integridade psicofísica refere-se ao direito à saúde, ao direito ao corpo, à imagem, ao nome em busca de um completo bem-estar psicofísico e social.

A manutenção ou a promoção do direito à saúde demanda a análise da temática no campo da bioética, onde se discute a necessidade de se estabelecer limites éticos e jurídicos à atuação dos profissionais de saúde em relação a tratamentos aos quais pacientes podem se submeter, além de limites às explorações e inovações técnico-científicas que tenham repercussão à saúde humana.

Faz-se necessário, dessa maneira, que se estabeleça, cada vez mais, um diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Medicina, pois que “i) a medicina vem, cada vez mais, auxiliando na realização da justiça; ii) o direito regula o exercício da medicina, impondo-lhe regras; iii) o direito, por sua vez, tem também estado ao serviço da medicina, nomeadamente em sectores como o da saúde pública” (ABREU, 2016, p. 16)

No caso das pessoas com deficiência mental, o diálogo entre os dois ramos das ciências é intenso e necessário: a legalidade das internações compulsórias de pessoas com alguma deficiência mental; o tratamento dispensado às pessoas com deficiência mental no âmbito do poder judiciário e das clínicas, hospitais e consultórios médicos; a definição das incapacidades, no âmbito dos processos de curatela; o acesso à saúde mental por meio de tratamentos adequados, dentre

outras situações relevantes.

Em qualquer circunstância, o que se pretende é a garantia de que a pessoa humana não seja submetida a tratamentos desumanos, degradantes e que, sendo possível, seja colhido o consentimento da pessoa para submissão a alguma intervenção que possa gerar alteração da saúde do paciente.

c) A liberdade

Aqui, tem-se como necessária a compreensão, como premissa, da distinção entre liberdade e autonomia privada.

No contexto do Estado Liberal, liberdade e autonomia assumiram papéis idênticos, pois que a análise tanto de uma quanto da outra se dava no âmbito das relações patrimoniais. Nesse contexto, o sujeito de direito, titular de direitos subjetivos, poderia exercer seus resguardados direitos da propriedade e da administração do lar como *pater familias*, pouco importando a repercussão social do exercício egoístico dos seus direitos civis e políticos. “Sob esse prisma, a liberdade era ‘absoluta’; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos” (MORAES, *In*: SARLET, 2003, p. 134).

Todavia, com a necessidade de se proteger os direitos extrapatrimoniais dos cidadãos - principalmente no contexto pós-guerras mundiais -, as constituições de vários países no mundo⁶ se inclinaram para proteção da pessoa humana, estabelecendo-se o Estado social de direito.

Nesse contexto, não é mais possível o exercício dos direitos desconsiderando-se a sociedade no entorno⁷. Assim, “toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social” (MORAES, *In*: SARLET, 2003, p. 135). Esta é a ideia de autonomia, adotada pelo Direito Civil contemporâneo.

⁶ Como exemplo da Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Portuguesa de 1976, dentre outras.

⁷ “Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis”. (PERLINGIERE, 2002, p. 18-19).

Importante, porém, a compreensão do conceito de autonomia para a bioética⁸, visto estar também ligado à temática ora proposta. No âmbito desse ramo de estudos, a autonomia é também a capacidade para tomar suas próprias decisões e responsabilizar-se pelas mesmas.

Segundo Layna Germana do NASCIMENTO (2012):

O conceito de autonomia necessita de um contexto para adquirir um sentido específico. No geral, no que diz respeito ao indivíduo autônomo, ele age livremente de acordo com um plano escolhido por ele mesmo. Já uma pessoa com a autonomia reduzida, é ao menos em algum aspecto controlada por outros ou incapaz de agir com base em seus desejos e planos.

A análise da autonomia de uma pessoa com deficiência mental, portanto, deve ser analisada em cada caso, conforme o tipo de doença mental e as limitações que ela proporciona em relação à tomada de decisão do indivíduo doente e aos atos civis que ele pode ou não realizar com autonomia.

d) Solidariedade

Após as grandes guerras mundiais, em que houve um massacre cruel da humanidade⁹, viu-se as pessoas tendo entre si outro tipo de

8 "A palavra 'bioética' designa um conjunto de pesquisas, de discursos e práticas, via de regra pluridisciplinares, que têm por objeto esclarecer e resolver questões éticas suscitadas pelos avanços e a aplicação das tecnociências biomédicas. (...) a bioética não é nem uma disciplina, nem uma ciência, nem uma nova ética, pois sua prática e seu discurso se situam na interseção entre várias ciências: biológicas, humanas e disciplinas que não são propriamente ciências: a ética, o direito e, de maneira geral, a filosofia e a teologia. (...) Por fim, ela é um lugar de importantes embates para uma multidão de grupos de interesses e de poderes constitutivos da sociedade civil: pacientes; corpo médico; defensores dos animais; associações paramédicas; grupos ecologistas; agro-business; indústrias farmacêuticas e de tecnologias médicas (...)" (HOTTOIS, 2001)

9 Entende-se humanidade como uma coletividade indeterminada de seres humanos que foram também massacrados, ao perceberem o desvalor que fora dado ao ser humano. Assim, qualquer barbárie contra o ser humano é um ataque à humanidade.

relacionamento decorrente de atos de auxílio mútuo, atos de solidariedade.

Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade pessoal do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que ‘confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo as posições a estas correspondentes’. (...) De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe a o Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade. (PERLINGIERE, 2002, p. 37).

Assim, da solidariedade decorre a necessidade de se analisar as situações jurídicas subjetivas individuais no contexto social em que ocorrem, de modo a não permitir a degradação do ser humano.

Por todo o exposto alhures, tem-se que a dignificação da pessoa com deficiência mental não pode ser atribuída *in abstracto*. Depende da concessão concreta de direitos que garantam aos mesmos o reconhecimento social das suas distinções, que o acesso à saúde e aos tratamentos de saúde levem em conta as particularidades da deficiência da pessoa em concreto, que seja atribuída a garantia de autonomia, da possibilidade de participação e inclusão social. Por outro lado, não se pode perder de vista a proteção dessas pessoas e, por isso é que se questiona, neste trabalho, se o EPD retirou-lhes, parcialmente, a proteção jurídica já alcançada antes de sua promulgação.

4. O TRATAMENTO JURÍDICO E SOCIAL DA DEFICIÊNCIA MENTAL AO LONGO DO TEMPO

O tratamento legal das pessoas com deficiência após o século XX ganhou novos contornos. Isso se deve ao fato de o conceito de deficiência também ter ganhado novos rumos.

Nesse trabalho, partir-se-á da evolução do tratamento normativo dispensado às pessoas com deficiência durante o século XX até se chegar ao conceito de deficiência trazido pelo EPD.

Até o século XX não havia possibilidade de se discutir como se daria a convivência entre pessoas “normais” e com deficiência. Segundo David S. S. HOSNI (2016, p. 38), “a ideia de se ajuntar em um mesmo grupo social pessoas com disfunções ou perdas estruturais físicas, sensoriais ou cognitivas surge apenas no século XX”, e surge numa onda de institucionalização da deficiência.

O modelo médico de deficiência desenvolveu-se durante o século XIX e a primeira metade do século XX. As perdas funcionais e estruturais do corpo eram vistos como uma patologia individual e assim, buscava-se a cura médica, pretendia-se normalizar a pessoa e não conviver com a sua diferença.

O desenvolvimento do conceito da deficiência sob o viés meramente biológico/médico provocou a expansão do movimento de institucionalização da deficiência. Assim, “a institucionalização, em apreensão ampla, contribui para objetivação da deficiência, sua identificação cada vez mais forte com causas biológicas de viés médico e a gradual segregação dos deficientes nessas instituições”(HOSNI, 2016, p. 39).

Aliado a esse modelo, que já contribui sobremaneira para segregação das pessoas com deficiência, desenvolveu-se a ideologia eugênica, que ganhou grande proeminência no Brasil na década de 30, tempo em que as pessoas em vulnerabilidade social se encontraram mais ameaçadas. Essa ideologia, que influenciou e fundamentou ideais racistas, consiste na crença de um aperfeiçoamento humano com base na hereditariedade (MACIEL, 1999).

No direito brasileiro, a ideologia eugênica influenciou, inclusive, na

elaboração da Constituição de 1934. No artigo 138¹⁰ da referida carta, havia disposições que impunham aos entes estatais a “estimulação da educação eugênica”, o “cuidado com a higiene mental” e o “incentivo à luta contra os venenos sociais”.

No documentário *Holocausto Brasileiro* (2016), narra-se a história vivenciada por diversas pessoas com deficiência no âmbito do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena – CHPB – entre 1930 e 1980. A história começa com pessoas com patologias psiquiátricas que eram encaminhadas de trem para o nosocômio em busca de tratamento. Todavia, essas pessoas eram ali esquecidas tanto pelos familiares, quanto por toda sociedade.

A medida em que a ideologia eugênica ganha força, pessoas desempregadas e até crianças órfãs foram também encaminhadas para a “prisão psiquiátrica” de Barbacena. Foram cinquenta anos de violência e de abandono de seres humanos, mais de 60 (sessenta) mil pessoas mortas à mingua de assistência e totalmente desprovidos de identidade e autonomia: um atentado à dignidade intitulado *Holocausto Brasileiro*.

Segundo a autora do documentário, Daniela Arbex, quando questionada para quem o filme foi direcionado:

Para todos nós, porque ele fala da loucura, mas fala também do preconceito, fala de uma sociedade que permitiu que isso acontecesse porque tem uma

10 Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) **estimular a educação eugênica;**

c) amparar a maternidade e a infância;

d) socorrer as famílias de prole numerosa;

e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de **higiene social**, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da **higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.**

cultura higienista, porque compactua com uma ideia de limpeza social, de colocar o que incomoda para debaixo do tapete. Este filme é muito atual e fala para nós, para a gente acordar, porque a indiferença também gera barbárie. Até hoje temos situações de degradação humana, é só ver como estão as prisões, é só ver como a juventude brasileira é dizimada e não incomoda, porque é a juventude negra e pobre. (GUEDES, 2016)

Essa foi a realidade de muitos outros nosocômios psiquiátricos, mas como o CHPB foi o mais gritante caso de degradação humana, através dele é possível vislumbrar o que fora a cultura de segregação vivida no Brasil e assim entender porque ainda nos dias de hoje vislumbra-se um cenário de preconceito e segregação das pessoas com deficiência.

Apenas a partir da década de 50 é que começaram a surgir movimentos sociais em busca de direitos às pessoas com deficiência, busca pela maior visibilidade social e política delas. Assim, nos anos 60 e 70, as políticas “assumem um caráter paternalista e assistencialista” (HOSNI, 2016, p. 40).

Importante mencionar, nesse contexto, a promulgação da Lei 4.024/61, que fixou as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Movida por uma onda revolucionária em relação ao tratamento das minorias sociais, acentuada pós Segunda Guerra Mundial, fixou, como princípios a solidariedade, o respeito à dignidade, o desenvolvimento integral da personalidade humana e pregou a condenação a qualquer tratamento desigual e preconceituoso.

As pessoas deficientes, denominadas “excepcionais” eram alvo de dois modestos artigos, 88 e 89¹¹ da referida lei. Esses artigos eram

11 Art. 88. A educação de excepcionais, deve, no que for possível, enquadrar-se no sistema geral de educação, a fim de integrá-los na comunidade.(Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

Art. 89. Toda iniciativa privada considerada eficiente pelos conselhos estaduais de educação, e relativa à educação de excepcionais, receberá dos poderes públicos tratamento especial mediante bolsas de estudo, empréstimos e subvenções.(Revogado pela Lei nº 9.394, de 1996)

responsáveis por, como diziam, enquadrar os deficientes no padrão da educação brasileira.

Esquecia-se, entretanto, de verificar as características pessoais de cada pessoa nessas condições. Nesses termos, não se avaliava as peculiaridades de cada deficiência e conseqüentemente não se preocupava em oferecer condições que atendessem às necessidades do público deficiente.

A legislação desse contexto marca o caráter paternalista e assistencialista da proteção jurídica dispensada às pessoas com deficiência. Em que pese o fato de não ser a melhor abordagem na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, assim houve uma maior visibilidade dessas pessoas no seio social.

Nesse contexto, tem-se que o conceito médico de deficiência foi dominante - até a década de 80 -, mas desde a década de 50 houve o desenvolvimento de outro conceito de deficiência: o social.

O modelo social de deficiência foca nas questões sociais que retiraram as pessoas com deficiência do convívio social. O conceito analisa a deficiência sob o prisma do preconceito contra minorias, no sentido de a sociedade estar preparada para conviver apenas com pessoas que não possuem disfunções e, ademais, vislumbra-se as pessoas com deficiência como outra forma de estar no mundo. Essa concepção não ignora a questão médica, mas não coloca a patologia como o maior problema da deficiência e sim a não adaptação da sociedade para conviver com essas pessoas.

O modelo social destaca-se por trabalhar a deficiência como fruto de uma construção social marcada pelo tratamento inadequado das limitações físicas, intelectuais, sensoriais ou múltiplas e também a discriminação que se faz sobre essas condições do deficiente.

As pessoas com deficiência, seja esta física ou mental, possuem limitações e, em razão delas, essas pessoas possuem dificuldade para realizar atividades cotidianas. Essas dificuldades, porém, podem decorrer das limitações fisiológicas da patologia ou podem decorrer da ausência de adaptação da sociedade para conviver e receber as pessoas com deficiência.

A visão paternalista e o modelo médico acerca da deficiência gerou

incorreções, que foram sanadas com o advento da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que deu real aplicação ao que ficou estabelecido na Constituição de 1988.

No plano da legislação ordinária, que estabeleceu novas diretrizes e bases da educação nacional, garantiu um atendimento especializado com base em técnicas, recursos e atendimento docente capacitado para desenvolver suas capacidades. Isso tudo com base na legislação Constitucional, que fixou a competência concorrente dos entes federados para a promoção da proteção e das garantias das pessoas com deficiência.

Na atual Constituição também foram estabelecidas uma série de garantias. Entre elas, a reserva de vagas em cargos públicos, proibição da diferenciação no que tange à concessão do benefício da aposentadoria aos servidores públicos, precedência no recebimento de créditos de natureza alimentícia, adaptação de prédios e de meios de transporte, dentre outros.

É importante destacar o caráter meramente exemplificativo da proteção dos deficientes na ordem constitucional. De fato, pela interpretação de seus princípios e objetivos, pode haver uma extensão dos significados e da conseqüente esfera de proteção dispensada aos deficientes.

Apesar de tantos avanços na esfera normativa, socialmente, as pessoas com deficiência ainda têm muitos direitos que ainda não se tornaram efetivos, principalmente no que se refere às pessoas com deficiência mental. Socialmente, ainda é possível perceber o desejo de que essas pessoas vivam num espaço de segregação, ainda não se tem uma inclusão real delas na sociedade.

Aliás, importante mencionar que, em alguns casos de deficiência mental grave a possibilidade de um bem estar social é muito pequena, "os limites de bem-estar possíveis para algumas pessoas com deficiência mental grave, são inferiores relativamente aos limites de bem-estar muitas vezes propugnado em ideias de vidas autônomas e globalmente satisfatórias" (HOSNI, 2016, p. 45).

Tem-se, portanto, que a deficiência decorre tanto de fatores biológicos/fisiológicos, como de fatores sociais e é importante analisar a

deficiência como uma questão da humanidade: qualquer ser humano pode ser portador de uma patologia e a sociedade deve estar preparada para integrar a pessoa com deficiência na medida das suas reais necessidades, buscando, dentro do possível, conferir autonomia de vida a ela.

Nesse ímpeto é que o artigo 2 do EPD, afasta a conceituação meramente médica de deficiência, *in literis*:

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.

Essa conceituação contempla a conceituação médica e social do que seja deficiência, mesmo diante do fato de que não existir consenso doutrinário sobre o tema e sendo esta uma discussão que envolve médicos, juristas, políticos e a comunidade em geral¹².

4.1. A IDENTIFICAÇÃO DA DEFICIÊNCIA PELA OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE)

A OMS identifica as deficiências por meio de uma padronização das patologias em um documento que busca classificá-las e identificar suas consequências no corpo da pessoa humana.

Num primeiro momento, foi criado pela OMS a CID, identificada como Classificação Internacional de Doenças. O intuito dessa classificação e de sua aplicação nos diagnósticos dos pacientes foi identificar as causas de morte ao redor do mundo. Em sua décima revisão, a CID passou a ser identificada como CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde) e as doenças passaram a ser identificadas por famílias de patologias.

O problema da CID e da CID-10 é a insuficiência para identificar

¹² Trata-se de uma questão da bioética.

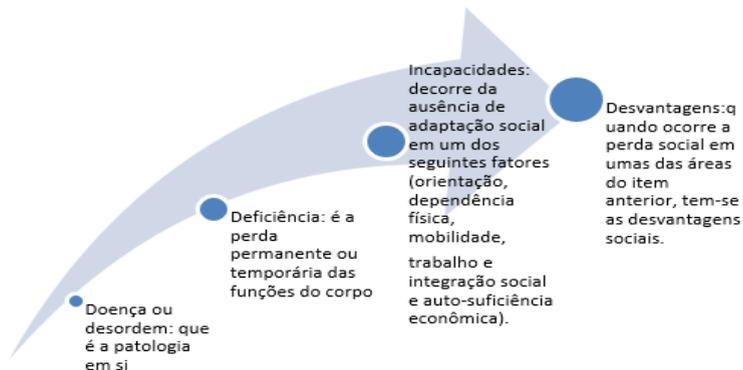
o grau da patologia no paciente, quais as limitações que o paciente possui e quais as suas necessidades a partir daí e essas carências dificultam o enquadramento da situação de um paciente em um dos códigos da CID.

Por exemplo, quando se trata de doenças mentais, os termos usados são um tanto quanto genéricos como se pode perceber nos transtornos identificados como “Esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes (F20 - F29)”, em que cabe ao médico enquadrar o paciente em uma das seguintes situações: F200 - Esquizofrenia paranoide; F201 - Esquizofrenia hebefrênica; F202 - Esquizofrenia catatônica; F203 - Esquizofrenia indiferenciada; F204 - Depressão pós-esquizofrênica; F205 - Esquizofrenia residual; F206 - Esquizofrenia simples; F208 - Outras esquizofrenias; F209 - Esquizofrenia não especificada.

Esse ato mecânico de categorizar as doenças é importante, mas não alcança as limitações sociais que o paciente enfrenta pelo fato de ter alguma deficiência.

A classificação da CID-10 foi vista como insuficiente para estabelecer uma melhor qualidade de vida às pessoas com deficiência e, nessa toada, a OMS criou a *Internacional Classification of Impairments, Disabilities, and Handicap – ICIDH* ou ICID em português -, lançada em 1980. Nessa classificação, as desvantagens médicas e sociais são tratadas como consequências das doenças e não características das mesmas.

Esse modelo é identificado pelo seguinte esquema:



Assim, o quadro pode ser explicado:

Como se vê, a estrutura proposta na classificação de 1980 compreende a incapacidade a partir de três conceitos de base conexos e hierarquizados -deficiência (impairment), incapacidade (disability) e desvantagem (handicap) - no qual o primeiro representa, em relação ao sucessivo, uma condição de possibilidade, e o sucessivo representa um reflexo social do precedente. (MÂNGIA; MURAMOTO; LANCMAN, 2008)

As discussões acerca da deficiência e seu tratamento continuaram a ser preconizadas pela OMS¹³, que, em 2001, lançou a CIF – *International Classification of Functioning, Disability and Health*, em português Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. “A CIF é fruto do desenvolvimento da ICDH, pertencendo, assim como essa, à família da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID”(HOSNI, 2016, p. 51).

A CIF não classifica as doenças e deficiências, mas descreve os aspectos que caracterizam a deficiência, considerando tanto os aspectos pessoais, quanto os aspectos sociais. Assim, não se descreve o que é e o que não é deficiência, mas sim quais os aspectos que devem ser considerados para a identificação de uma pessoa com deficiência.

Portanto, tem-se que no campo da medicina, a deficiência não é um conceito padronizado e sequer um conceito que considera aspectos meramente médicos. A deficiência é um conceito aberto e sua identificação somente pode ser feita de maneira casuística, identificando-se, em cada caso, as incapacidades e limitações que possuem o portador de alguma doença. O intuito dessa abertura corrobora com as nuances já mencionadas acima em relação ao Princípio da dignidade da pessoa humana: pretende-se, por meio da análise de cada paciente,

13 Durante as décadas de 1980 e 1990, a OMS acumulou conhecimento e se utilizou das discussões políticas e acadêmicas sobre o assunto para começar a dar novos rumos à sua abordagem. (HOSNI, 2016, p. 50).

estabelecer o que este necessita, quais as suas dificuldades, identificar o que ele pode realizar sozinho – com autonomia – e em quais atos ele depende de auxílio.

Essa conceituação contempla os modelos médico e social de deficiência e permite uma análise de vise a melhoria do bem-estar social da pessoa com deficiência. Em se tratando de pessoas com deficiência mental, por exemplo, não é possível identificar que toda pessoa portadora de esquizofrenia seja deficiente e incapaz, pois faz-se necessária a análise casuística dos aspectos pessoais e sociais da patologia no indivíduo e em conformidade com o contexto social em que está inserido.

5. O TRATAMENTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL NO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

5.1. O ITINERÁRIO DA LEI Nº 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, apesar de recente, deve ser analisado sob uma perspectiva histórica que remonta ao Projeto de Lei do Senado – PLS - nº 6/2003. Esse PLS surge com as mesmas intenções da Lei nº 13.146/2015, buscando-se assegurar a integração social e o pleno exercício dos direitos individuais e coletivos das pessoas acometidas por limitações visuais, auditivas, motoras, intelectuais ou múltiplas (art. 1º).

Posteriormente, sob a égide da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o projeto de lei foi aprovado, na forma de Substitutivo, com caráter terminativo, em 06 de dezembro de 2006 (SENADO FEDERAL, 2006, p. 38238-38326), sendo este mais extenso que o original.

Pouco mais que duas semanas depois, o Substitutivo foi enviado à Câmara dos Deputados para discussão, ganhando a identificação de Projeto de Lei nº 7699/2006 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007, p. 2451-2496), onde ficaria por um longo tempo sem ser apreciado, dada a necessidade de sua adequação pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (CDPD).

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (CDPD) teve um impacto muito grande na consolidação do novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tendo sido elaborada no plano internacional e contando com o apoio de diversas organizações não-governamentais de pessoas com deficiência, a CDPD trouxe a questão dos deficientes analisada sob uma nova ótica, em que a autonomia deveria ser priorizada e os institutos de substituição utilizados apenas em caráter excepcional. O quórum de aprovação desse tratado internacional (aprovado, em dois turnos, por três quintos dos membros das respectivas casas do Congresso) conferiu a ele equivalência às emendas constitucionais, trazendo assim grande peso nas discussões acerca da elaboração de um novo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em 2012 então é estabelecido um Grupo de Trabalho pela Secretaria dos Direitos Humanos para a apreciação do PL nº 7699/2006. Um ano depois, uma Proposta de Substitutivo ao PL nº 7699/2006 foi entregue à Câmara dos Deputados e ao Senado.

Em 5 de março de 2015, a Proposta de Substitutivo foi aprovada no plenário da Câmara dos Deputados, contendo cinco das nove emendas apresentadas. Sob a identificação de Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 4/2015, o projeto tem sua redação ajustada e é aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

Três meses depois o SCD nº 4/2015 foi aprovado em votação simbólica pelo Plenário do Senado (SENADO FEDERAL, 2015^a, p. 256-270), sendo sancionado e posteriormente publicado em 7 de julho de 2015 como a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

5.2. ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência provocou alterações jurídicas nas condições da pessoa com deficiência não somente na esfera cível, mas também em diversas outras áreas do Direito como no Penal e no Empresarial.

Todavia, diante das diversas mudanças trazidas pela Lei nº

13.146/2015, as duas mais significativas são as que dizem respeito às alterações no rol das incapacidades absolutas e relativas e a progressiva substituição do regime de curatela para o regime da tomada de decisão apoiada.

As mudanças no Código Civil supracitadas ocasionaram uma significativa alteração no rol das incapacidades, removendo qualquer tipo de doença mental como causa para que a pessoa com deficiência seja considerada absoluta ou relativamente incapaz. Da forma como se apresentam os artigos 3º e 4º no que tange a questão das pessoas com deficiência, apenas aquelas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade serão tidos como relativamente incapazes.

Primeiramente, quanto à essa mudança, há de se considerar que o EPD deixou clara a ausência de uma relação necessária entre deficiência e incapacidade: as pessoas com deficiência podem ter uma perda de suas funções corporais e, nem por isso, tornarem-se incapazes de realizar atos da vida civil e discerni-los.

A retirada da deficiência mental como uma causa de incapacidade decorre da evolução natural da norma jurídica, em consonância não somente com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, mas também com o conceito médico de deficiência que, conforme a CIF, criada pela OMS, não implica necessariamente em incapacidade.

Assim, no campo do Direito Civil, essas mudanças acabaram por obscurecer as causas de incapacidade relativa ou absoluta. O critério anteriormente utilizado eram os diferentes graus de discernimento que, dependendo do caso, definiriam a necessidade de uma maior ou menor proteção da pessoa com deficiência mental em questão. Porém, após o Estatuto, o discernimento parece ter passado a ser presumido, tendo em vista que pela nova regra aqueles que não podem exprimir sua vontade passaram a poder, excepcionalmente, ser considerados relativamente incapazes.

Essas alterações, porém, impõe uma análise das incapacidades conforme os elementos do caso concreto, e não por uma prévia classificação, em busca da dignificação da pessoa com deficiência mental.

Não seria coerente com o conceito atual de deficiência a presunção normativa de que as pessoas com deficiência mental seriam relativamente ou absolutamente incapazes.

Lado outro, importante estabelecer uma relação mais próxima entre o Direito e a Medicina, não são ramos estanques da ciência e possuem conceitos e institutos que tangenciam entre si. Dessa maneira, tem-se que a classificação das doenças usada pela OMS – CIF – não fixa nem a deficiência nem a incapacidade. É no caso concreto que é possível aferir tanto a deficiência, quanto a incapacidade que porventura decorra, como consequência, da deficiência mental.

Quanto ao instituto da curatela, antes preconizado como um meio de proteção à pessoa com deficiência na tomada de decisão, passou a ter caráter excepcional, sendo valorizada a autonomia do interdito em detrimento do aconselhamento de um curador. A grande aposta do EPD se encontra no incentivo à tomada de decisão apoiada, que consiste na escolha, feita pelo deficiente, de pelo menos duas pessoas idôneas para auxiliarem-no na tomada de decisões acerca de atos da vida civil (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, Art. 1.783-A).

É importante ressaltar ainda que o Estatuto das Pessoas com Deficiência determinou em seu artigo 6º¹⁴ que *a deficiência não afeta a plena capacidade civil* e indica a possibilidade de as pessoas com deficiência realizarem escolhas familiares. Dessa maneira, a deficiência pode afetar apenas alguns aspectos da vida civil, o que implica no fato de que o indivíduo somente seria considerado incapaz para uma pequena quantidade de atos, tornando o instituto da curatela ainda mais limitado.

Em relação às pessoas com deficiência mental, há de se considerar que existem patologias mentais que de fato lhe retiram o discernimen-

14 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 e adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

to. Todavia, importante mencionar que muitas patologias mentais são, atualmente, controláveis por medicamentos, o que permite a essas pessoas o controle de suas vidas.

Quando, porém, a patologia que gera a deficiência mental for de fato grave, pode a deficiência gerar incapacidade em relação a vários fatores da vida da pessoa com a deficiência, inclusive em relação às hipóteses dos incisos do mencionado artigo sexto do EPD.

O cerne da questão passa a ser então a autonomia em excesso conferida ao deficiente mental pelo legislador, levando assim à desproteção daquele que precisava ser protegido. Antes da promulgação do EPD, a má interpretação dos objetivos da curatela e a prescrição normativa de que as pessoas com deficiência mental eram incapazes – relativa ou absolutamente - levaram à falsa ideia de que autonomia e proteção não podiam caminhar juntas no ordenamento jurídico.

Assim, o que levou o legislador a valorizar a autonomia da pessoa com deficiência em detrimento da sua incapacidade pode ter sido exatamente as inúmeras incoerências da aplicação prática da norma, como era antes.

Ocorre que, o EPD desconsiderou o fato de que alguns tipos de deficiência mental não permitem à pessoa o exercício dessa autonomia. Como poderia, por exemplo, uma pessoa com deficiência mental grave tomar decisões existenciais ou até mesmo eleger sozinho alguém para auxiliá-lo na tomada de decisão apoiada? Como poderia um deficiente, diagnosticado com idade mental de uma criança de 8 anos, contrair casamento e ter filhos? Se o ordenamento jurídico considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, por que esse caso haveria de ser diferente? Como se daria a proteção daqueles com discernimento reduzido de agentes que buscam se aproveitar dessas circunstâncias? Essas são apenas algumas das inúmeras perguntas que as mudanças trazidas pelo EPD ocasionaram diante dessa delicada questão.

6. CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, foram analisados diversos aspectos jurídicos e não jurídicos referentes ao tratamento dispensado às

pessoas com deficiência mental e, por decorrência da análise, algumas conclusões foram alcançadas.

Primeiramente, percebeu-se a existência de uma distinção necessária entre deficiência e incapacidade. Entendeu-se a incapacidade, em seu conceito jurídico, como sendo a perda do discernimento, a impossibilidade de alguém de compreender criticamente os atos que pratica.

Por outro lado, quanto ao conceito de deficiência, foram analisadas suas diversas nuances ao longo da história. A deficiência possui uma concepção médica, que a vislumbra como uma patologia que deve ser curada. Essa concepção é falha principalmente quando aliada à ideologia eugênica, pois contribui para segregação social das pessoas com deficiência.

A concepção social de deficiência não dá ênfase à patologia em si, mas aos entraves sociais que impedem as pessoas com deficiência de conviverem em sociedade.

Neste trabalho, concluiu-se que o conceito de deficiência trazido pelo EPD é adequado, pois abarca tanto a concepção médica quanto a social. Assim, a deficiência é a perda de alguma ou algumas funções do corpo da pessoa que dificultam a realização de atividades cotidianas e fazem com que elas necessitem de cuidados de saúde e adaptação dos espaços sociais para que convivam plenamente em sociedade.

Importante mencionar que a deficiência, especificamente a deficiência mental, não implica em incapacidade e esta, por sua vez, pode decorrer tanto de um efeito natural da patologia como de fatores externos como a educação – ou a ausência dela – e a integração social.

Considerando isso, tem-se que as pessoas com deficiência mental podem sim não ter capacidade nenhuma de discernir os seus atos, o que ocorre principalmente em patologias mentais diagnosticadas como graves.

Nestes casos, a modificação do EPD no Código Civil, que desconsidera a possibilidade de se considerar as pessoas com deficiência mental como absolutamente incapazes não é condizente com a realidade dessas pessoas. Esta é, na visão ora apresentada nesse trabalho, uma falha do estatuto, pois que na situação de pessoas com deficiência que não podem discernir seus atos deveria ser juridicamente possível

a declaração da incapacidade absoluta destas.

Todavia, o EPD foi muito louvável em considerar as pessoas com deficiência mental como, em regra, capazes e, apenas excepcionalmente, como incapazes. Essa forma de relacionar a deficiência com a incapacidade segrega menos essas pessoas, estabelece como um fim a se perseguir a inclusão das pessoas com deficiência no seio da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Luis Vasconcelos. O direito e a medicina. **Revista portuguesa de direito à saúde**. Ano 13 n 25/26 Jan/Dez 2016, p. 15-22.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3 ed. Ministério da justiça e negócios interiores: Serviço de documentação, 1966.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8J8M/teixeira_de_freitas_e_a_hist_ria_da_teor_ia_das_capacidades_no_direito_civil_brasileiro___disserta_o___fe- lipe_quintella___1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out 2017.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência?** São Paulo: Brasiliense: 2007. Disponível em: <<https://pedagogiafadba.files.wordpress.com/2013/03/texto-1-o-que-c3a9-deficic3aancia.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GUEDES, Gabriel. **Holocausto brasileiro**: documentário expõe a crueldade dos sanatórios brasileiros. Disponível em: <<https://www.agambarra.com/holocausto-brasileiro-documentario/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em:

<<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 23 out 2017.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral** e Lindb. v. 1. São. Paulo: Atlas, 2015.

HOLOCAUSTO BRASILEIRO. Direção: Daniela Arbex e Armando Mendz. Lançamento: 20 de novembro de 2016. Documentário de 1 hora e 30 min. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y6yxG-zlXRVg>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

HOSNI, David S. S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, Fábio 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, 2016, p35-65.

HOTTOIS, G.; MISSA, JN. **Nova enciclopédia da bioética**: medicina, ambiente, biotecnologia. Lisboa: Piaget, 2001, p. 124-126.

MACIEL, Maria Eunice S. **A eugenia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/anos90/article/view/6545/3897>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

MÂNGIA, Elisabete Ferreira; MURAMOTO, Melissa Tieko; LANCMAN, Selma. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. **Rev. Ter. Ocup. Univ.** São Paulo, v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/14037>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Esbôço de Teixeira de Freitas**. Disponível em: <<http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/02teixeira/Esbo%C3%A7o%20de%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Vol%201%20-%20Teixeira%20de%20Freitas.pdf>>. Acesso em: 24 out 2017.

NASCIMENTO, Layna Germano do. Autonomia do indivíduo com deficiência: estudo de caso no transtorno invasivo do desenvolvimento. Disponível em: <http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4569>. Acesso em: 18 dez. 2017.

NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS – CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Revista brasileira de epidemiologia**. Vol. 11 n.2 São Paulo June 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-790X2008000200014>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

NOCCHI, Carolina Penna. A influência de Teixeira de Freitas na elaboração do Código Civil argentino. *In*: **Revista do CAAP** | Belo Horizonte 37 Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG p. 37 a p. 48 | jul./dez. 2010. Disponível em: <<https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/317>>. Acesso em: 20 out 2017.

PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

RODRIGUES, Silvio da silva. **Direito Civil: parte geral.** 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas.** 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

Recebido em | 05/01/2018

Aprovado em | 05/02/2018

Revisão Português/Inglês | Flávia Gonçalves Carneiro

SOBRE OS AUTORES | ABOUT THE AUTHORS

DÉBORA FERNANDES PESSOA MADEIRA

Mestra em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Advogada. E-mail: deboramadeira@ufv.br.

ARAMIS BAYER DE LIMA

Graduando em Direito na Universidade Federal de Viçosa (UFV). E-mail: aramis.lima@ufv.br.

PAULO SÉRGIO ROCHA JUNIOR

Graduando em Direito na Universidade Federal de Viçosa (UFV). E-mail: paulo.s.rocha@ufv.br.