

MARIANA ALVES LARA

CAPACIDADE  
CIVIL

DEFICIÊNCIA

entre autonomia  
e proteção





Capacidade civil e deficiência:  
*entre autonomia e proteção*



Capacidade civil e deficiência:  
*entre autonomia e proteção*

*Mariana Alves Lara*



Copyright © 2019, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2019, Mariana Alves Lara.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Leticia Robini*

**Diagramação**  
*Enzo Zaqueu*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

LARA, Mariana Alves.  
Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.  
248 p.  
ISBN: 978-85-60519-59-0  
1. Direito. 2. Direito Civil. I. Título.  
CDD342.1 CDU347

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



nós sabemos que erramos e sabemos que,  
na distração cada vez maior, na perda de reflexos  
e de agilidade mental, fazemos coisas sem saber  
e não as fazemos por estupidez.  
fazemos por descoordenação entre o que está certo  
e o que nos parece certo  
e até sabemos isso de certo ou errado é muito  
relativo.  
é tudo mais forte do que nós.

*(Valter Hugo Mãe)*





*À Leticia, com amor.*



# Agradecimentos

Este livro é resultado da minha tese de doutorado desenvolvida no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e defendida em outubro de 2017. Contudo, as conclusões a que cheguei não resultam apenas dos meus estudos enquanto doutoranda. Na verdade, refletem um percurso mais longo, iniciado ainda na minha graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Ao longo dessa caminhada, jamais estive só. Muitas pessoas, às quais sou imensamente grata, contribuíram direta ou indiretamente para que minhas pesquisas fossem concluídas.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador Eduardo Tomasevicius Filho, que acreditou desde o princípio em meu trabalho, concedendo a mim a oportunidade de desenvolvê-lo. Agradeço suas valiosas orientações, sugestões e correções, as quais muito contribuíram para o amadurecimento das minhas ideias. Destaco que seu comprometimento e sua ética profissional foram, para mim, fontes de inspiração e incentivo.

Ao Prof. Dr. Paulo Mota Pinto, da Universidade de Coimbra, por ter gentilmente aceitado me receber naquela instituição e acompanhar a minha pesquisa. O período em que passei em Portugal, ainda que breve, foi essencial para as investigações que fundamentaram as conclusões da tese. Agradeço, também, aos professores da Universidade de Coimbra, Dr. Antônio Pinto Monteiro, Ma. Paula Távora Vítor e Me. Geraldo Rocha Ribeiro, a atenção, a disponibilidade, o diálogo e o material bibliográfico indicado.

Ao Brunello Stancioli, a orientação desde a minha primeira iniciação científica, os ensinamentos acerca da pessoa humana e sua autonomia e, sobretudo, as discussões sobre os mais variados temas.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na pessoa do seu diretor à época Prof. Tit. José Rogério Cruz e Tucci, por ter viabilizado o meu doutorado. Agradeço também ao seu corpo docente, aos seus funcionários, à biblioteca e sua estrutura, que tornaram possível a conclusão da pesquisa.

À Faculdade de Direito Milton Campos, na pessoa de sua diretora à época Profa. Lucia Massara, o apoio.

Ao grande amigo Fabio Queiroz, seu incentivo em todos os momentos, a amizade, o companheirismo, o auxílio e a troca de conhecimento, que foram diferenciais na minha trajetória. Que a nossa amizade e parceria acadêmica perdurem e frutifiquem. Ao amigo Felipe Quintella, o constante e provocativo diálogo a respeito dos assuntos mais intrigantes do Direito Civil.

Ao meu antigo sócio e sempre amigo Henrique Carvalhais e à Priscilla Macedo, a troca de experiências e, sobretudo, a compreensão e o auxílio na compatibilização dos meus compromissos da atividade docente e da advocacia.

Aos meus alunos e orientandos, em especial aos integrantes do Grupo de Estudos em Teoria Geral do Direito Civil, por me ensinarem tanto e por me fazerem tão feliz e realizada na atividade docente.

À minha família, em especial aos meus pais, que sempre compreenderam e apoiaram minhas escolhas, tornando mais leve o caminhar. Vocês são fontes de inspiração para minha vida.

Ao Paulo Vítor, por tudo. Por sempre acreditar em mim, por incentivar o meu crescimento profissional e por compreender as renúncias e ausências que ele impõe. Agradeço, ainda, pelo amor e carinho constantes e por ser o companheiro ideal em todos os momentos. Sem o seu apoio e a sua ajuda, nada disso teria sido possível.

Por fim, agradeço à Letícia, que, mesmo antes de nascer, me deu força e ânimo para seguir em frente, superar os desafios e concluir as tarefas a que me propus. A você, minha filha, dedico este trabalho e todos os meus esforços.

# Sumário

<b>Agradecimentos</b> .....	<b>9</b>
<b>Prefácio</b> .....	<b>15</b>
<b>Apresentação</b> .....	<b>19</b>
<b>Introdução</b> .....	<b>21</b>
<b>Parte I</b>	
<b>Revisão e Crítica da Literatura</b> .....	<b>29</b>
<hr/>	
<b>I. Pessoa, personalidade e capacidade</b> .....	<b>31</b>
1.1. Pessoa e personalidade.....	31
1.2. Capacidade e incapacidade de direito.....	36
1.3. Capacidade e incapacidade de fato.....	41
1.4. A pessoa no direito romano.....	45
1.4.1. <i>Status libertatis</i> .....	46
1.4.2. <i>Status civitatis</i> .....	48
1.4.3. <i>Status familiae</i> .....	49
1.4.4. Incapacidade de direito e de fato no direito romano.....	49
1.5. A incapacidade no direito brasileiro pré-codificação.....	53
1.6. A incapacidade segundo Augusto Teixeira de Freitas.....	58
1.7. A incapacidade nos projetos de Código Civil.....	67
1.8. A incapacidade no Código Civil de 1916.....	73

<b>2. O Código Civil de 2002 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência</b> .....	<b>81</b>
2.1. A incapacidade no Código Civil de 2002.....	81
2.2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	89
<b>3. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e capacidade legal</b> .....	<b>95</b>
3.1. Entendendo o art. 12 da Convenção.....	95
3.2. A pretendida mudança de paradigma: da substituição de decisão para a rede de apoio.....	102
3.2.1. Noções gerais.....	102
3.2.2. Os modelos de suporte à tomada de decisão no direito estrangeiro.....	106
3.2.3. Contornos e dificuldades do paradigma de suporte à tomada de decisão.....	110
<b>4. Críticas ao sistema brasileiro atualmente em vigor</b> .....	<b>119</b>
4.1. Desproteção da pessoa com deficiência mental ou intelectual.....	119
4.2. O novo (ou velho) instituto da curatela.....	129
4.3. Modelo brasileiro de apoio à tomada de decisão: uma análise crítica.....	134
 <b>Parte 2</b> <b>Proposições</b> .....	 <b>141</b>
<hr/>	
<b>5. Valores e interesses em questão</b> .....	<b>143</b>
5.1. Autonomia.....	143
5.1.1. Autonomia privada: conceito e distinções.....	143
5.1.2. Autonomia privada: por um viés relacional e prospectivo.....	148
5.1.3. Autonomia e proteção.....	155
5.2. Igualdade.....	157
5.3. Segurança jurídica.....	162
<b>6. Sistema de proteção e apoio</b> .....	<b>167</b>
6.1. Noções gerais.....	167

6.2. Cláusula geral do sistema de proteção e apoio.....	170
6.3. Medidas de apoio.....	173
6.3.1. Tomada de decisão apoiada .....	173
6.3.2. Gestão de negócios.....	175
6.4. Manifestações antecipadas de vontade.....	178
6.4.1. Mandato protetivo.....	178
6.4.2. Diretivas antecipadas de vontade.....	188
6.5. Incapacidade e representação legal .....	196
6.6. Incapacidade incidental .....	202
6.7. A questão da prodigalidade e dos viciados: revogações necessárias.....	207
6.7.1. A prodigalidade.....	207
6.7.2. Ébrios habituais e viciados em tóxicos.....	211

<b>Conclusão.....</b>	<b>215</b>
-----------------------	------------

<b>Referências.....</b>	<b>221</b>
-------------------------	------------

## **Anexo**

<b>Proposta de Lei.....</b>	<b>235</b>
-----------------------------	------------

---

Projeto De Lei.....	237
---------------------	-----

Justificação.....	245
-------------------	-----





## Prefácio

O tema das incapacidades, ministrado nos dois primeiros meses do curso de graduação, faz parte da memória afetiva de todos aqueles que estudaram direito. Todavia, devido às diferentes situações que necessitam ser reguladas por poucas regras, inevitáveis são as incertezas em sua aplicação, assim como as críticas voltadas ao estado da arte. O primeiro problema relativo às regras sobre capacidade de agir é aquele relativo às transformações ocorridas desde o final do século XX, em especial, nos últimos vinte anos, em que as crianças e adolescentes recebem, durante a infância e adolescência, uma quantidade enorme de informações, que as tornam, muito menos vulneráveis em relação ao risco de viver em sociedade, em comparação com crianças e adolescentes que nasceram cinquenta anos atrás. O segundo problema é a necessidade ou não de proteção de pessoas adultas supostamente vulneráveis por compulsões e vícios. E o terceiro problema é a proteção necessária às pessoas com transtorno mental ou que foram acometidas, por exemplo, pelo Mal de Alzheimer.

Com o objetivo de dar sua contribuição ao estudo das incapacidades, Mariana Alves Lara ingressou no início de 2015 no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob minha orientação, para pesquisar e desenvolver um modelo de regras que poderiam, eventualmente, ser usadas em uma futura reforma do Código Civil.

Todavia, seis meses após o ingresso de Mariana, todos nós fomos surpreendidos pela promulgação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual, lamentavelmente, passaria despercebida pela comunidade acadêmica e profissional, senão pela reformulação das regras sobre capacidade de agir, disciplinadas entre os arts. 3º a 5º do Código Civil brasileiro. Ante esse fato superveniente, o projeto de pesquisa de Mariana ganhou maior relevância, porque deveria incorporar as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao seu objeto de estudo.

Nesse livro, que resultou da tese de doutorado de Mariana, o leitor encontrará no início uma bem-feita revisão bibliográfica sobre o tema. Adotou-se a perspectiva histórica, para que se possam compreender as transformações ocorridas nessa matéria ao longo dos séculos, além das recentes modificações legislativas trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Porém, as contribuições substanciais, exigidas na elaboração de uma tese de doutorado, estão nas críticas ao sistema vigente adotado no Brasil e as propostas de reformulação acerca das regras sobre capacidade de agir, em que ela analisou a relação entre o exercício da autonomia privada e seus limites protetivos. Conservando a ideia original contida no projeto de pesquisa, Mariana propôs uma cláusula geral do sistema de proteção e apoio, a qual consiste em aperfeiçoamento e detalhamento das hipóteses em que se faz necessária proteção à pessoa. Criticou as regras sobre tomada de decisão apoiada e defendeu a utilidade do instituto do mandato protetivo, inexistente no Brasil. Analisou assuntos que sempre despertam o interesse e debate, como as diretivas antecipadas de vontade para a prática de ortotanásia, quando a pessoa está incapacitada de manifestar sua autonomia quanto ao fim de sua existência, e a necessidade ou não de proteção dos pródigos, ébrios e viciados em tóxicos.

Mariana não se limitou a fazer sua pesquisa com materiais disponíveis no Brasil. Atravessou o Oceano Atlântico e desenvolveu parte de seu texto na Universidade de Coimbra, *alma mater* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual foi gentilmente recebida pelo colega Prof. Paulo Mota Pinto. Nesse período de estudos, ela pode analisar o mesmo problema sob perspectiva diversa, ao deparar-se com as dificuldades enfrentadas pelos juristas portugueses para dar cumprimento à Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Defendida a tese em outubro de 2017, Mariana recebeu do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo menção honrosa pela qualidade da pesquisa desenvolvida. Título este merecido, pois evidencia que não somente a rigorosa banca examinadora – composta inclusive pelo Prof. Paulo Mota Pinto por meio de videoconferência – aprovou a tese, assim como o júri de professores do Departamento, do qual não fiz parte, também reconheceu os méritos da pesquisa. Posso testemunhar o esforço e dedicação dela nas reuniões de orientação, as quais me permitiram aprender bastante nesse processo em que ela apresentava a tese e eu, enquanto orientador, oferecia a antítese para que pudesse refletir, rebater-me e defender com mais convicção o que escrevia.

Estou certo de que o leitor aprenderá bastante com esse livro e sinto-me muito satisfeito de ver que a Universidade de São Paulo, por meio desse livro

de Mariana Alves Lara, mantém viva a sua missão de formar professores e pesquisadores do mais elevado nível, contribuindo para o desenvolvimento das ciências, e, em especial, neste caso, com valiosa contribuição para o aperfeiçoamento do direito brasileiro.

*Eduardo Tomasevicius Filho*

Professor Associado do Departamento de Direito Civil  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo



## Apresentação

Foi com grande honra e alegria que recebi o convite feito por Mariana Lara para apresentar a obra “Capacidade Civil e Deficiência: Entre Autonomia e Proteção”. A amizade e o carinho que marcam a minha relação com a autora não me impedem de identificar as inúmeras qualidades acadêmicas, o rigor científico e a profundidade teórica que distinguem o presente trabalho.

O percurso acadêmico de Mariana Lara é caracterizado pela solidez de seus passos e pela constante busca de novos desafios. A autora, apesar de sua marcada jovialidade, é exemplo de seriedade acadêmica desde os tempos de sua graduação na Universidade Federal de Minas Gerais, oportunidade em que foi agraciada com o prêmio Barão do Rio Branco, concedido ao estudante que, além de elevadas notas obtidas, tenha ocupado posição de destaque intelectual entre os seus colegas. Sua trajetória a conduziu seguidamente ao mestrado na mesma Universidade, oportunidade em que apresentou belíssima dissertação sobre livre uso e manipulação do corpo<sup>1</sup>. Para o doutorado, a autora alçou novos voos e, na egrégia Universidade de São Paulo, defendeu tese, que resultou na presente obra.

Os estudos correlatos à pessoa e à autonomia privada são constantes no horizonte investigativo de Mariana Lara. Para o doutorado, não podia ser diferente e a sua proposta consistia em uma revisitação do sistema de incapacidades até então previsto no ordenamento jurídico brasileiro. O tema escolhido foi objeto de uma polêmica renovação legislativa no ano de 2015, com a publicação do “Estatuto da Pessoa com Deficiência” (Lei n. 13.146/2015), e novos contornos foram dados à pesquisa, sem que a autora perdesse o fôlego ou o entusiasmo no enfrentamento de seu problema.

A presente obra revela esmero e singular riqueza em todo o seu desenvolvimento. A abordagem do atual e imbrincado problema da capacidade civil da

---

<sup>1</sup> LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014.

pessoa com deficiência mental é realizada com profunda e cuidadosa reflexão teórica, sem se esquecer dos seus reflexos na prática jurídica. A partir de uma detalhada análise do contemporâneo cenário que marca a temática, densificada por uma perspectiva interdisciplinar, são tecidas contundentes críticas ao sistema de incapacidades presente no Código Civil brasileiro. A autora trabalha com aportes da história do direito e analisa institutos análogos encontrados em outros ordenamentos jurídicos, de modo a ter adequado embasamento para a proposição de um modelo de proteção de maiores com discernimento reduzido. A referida tarefa é feita com serenidade e sem utilização de modismos e clichês tão usuais nos atuais estudos de direito civil brasileiro.

Debruçar-se sobre a interface entre deficiência mental e capacidade civil é tarefa que traz consigo uma reflexão sobre a liberdade, e ninguém para melhor descrevê-la que o “louco” mais famoso de toda a literatura. Em conversa com seu fiel escudeiro, o engenhoso cavaleiro Dom Quixote assim afirma:

A liberdade, Sancho, é um dos mais preciosos dons que os céus deram aos homens; com ela não se podem igualar os tesouros que encerra a terra nem o mar encobre; pela liberdade, assim como pela honra, se pode e deve aventurar a vida, e, pelo contrário o cativo é o maior mal que pode vir aos homens<sup>2</sup>.

Na busca por contornos jurídicos para o exercício do precioso dom, Mariana Lara aventura a vida e enfrenta com sensibilidade e destreza cada um dos problemas afetos ao tema escolhido, buscando dar subsídios teóricos e dogmáticos que sustentem a conciliação entre o exercício da autonomia e a necessária proteção das pessoas com deficiência.

Assim, diante das inovações realizadas em nosso sistema jurídico, o livro que ora se traz a público revela-se leitura imprescindível para todos aqueles que vivenciam o direito. A Ciência Jurídica ganha muito com o presente trabalho e tenho a certeza de que as linhas aqui presentes incitarão novos debates e reflexões sobre o tema, na incessável tarefa de aprimoramento de nossos institutos.

*Fabio Queiroz Pereira*

Professor Adjunto de Direito Civil da  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

<sup>2</sup> CERVANTES, Miguel de. **O engenhoso cavaleiro D. Quixote de La Mancha**. Segundo Livro. Trad. Sérgio Molina. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 601.

# Introdução

No dia 6 de julho de 2015, foi promulgada no Brasil a Lei nº 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência. Seu objetivo, conforme previsão do art. 1º, é “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Para além de prever direitos e garantias às pessoas com impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que obstrua sua plena participação na sociedade, nos termos da definição de deficiência do art. 2º, o Estatuto alterou sensivelmente alguns diplomas normativos em vigor.

Dentre as alterações, aquela que tem gerado maior discussão consiste na revogação dos incisos dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, que estabeleciam incapacidade de fato absoluta ou relativa às pessoas com ausência ou redução do discernimento, em virtude de enfermidade ou deficiência.

Pode-se afirmar que o Estatuto empreendeu uma verdadeira mudança de paradigma no regime das incapacidades previsto no ordenamento jurídico pátrio. Até então, o regime fundamentava-se no critério da qualidade da vontade e do discernimento, de modo que, ausente este último, considerava-se a pessoa incapaz de praticar atos por si mesma, para que desses não lhe adviessem prejuízos, sendo nomeado um assistente, que agiria em conjunto com ela, ou um representante, que atuaria em seu nome e no seu melhor interesse.

A base para elaboração do Estatuto foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados na Assembleia das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, ratificados pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e publicados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Destaca-se que a Convenção foi ratificada em conformidade com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da

Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que foi recepcionada pelo ordenamento pátrio de maneira equivalente às emendas constitucionais.

De fato, o art. 12, item 2, da Convenção estabelece como dever aos Estados Partes o reconhecimento de que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Provavelmente foi esse artigo que inspirou o legislador brasileiro a empreender modificações no regime de incapacidades dos maiores.

Ocorre que muitos civilistas pátrios têm tecido críticas contundentes ao Estatuto e a suas disposições<sup>1</sup>. Realmente, a partir de uma análise pormenorizada não apenas da nova legislação, mas também do direito civil e constitucional como um todo, verificam-se lacunas, incoerências e contradições que conduzem à desproteção justamente de quem se pretendia proteger: as pessoas com deficiência, sobretudo mental ou intelectual.

Contudo, mostra-se imperiosa a observância da Convenção, bem como a adequação do direito brasileiro às suas disposições, haja vista ter sido ratificada e recepcionada pelo direito nacional, inclusive com *status* de norma constitucional de direitos humanos. Ou seja, o seu cumprimento não é meramente facultativo, mas obrigatório.

Ademais, cumpre destacar, que mesmo antes da Convenção e do Estatuto, o regime de incapacidades do direito brasileiro carecia de modificações. Por meio de uma investigação histórica, constata-se que, desde Augusto Teixeira de Freitas, já havia a intenção de alterar e sistematizar o que se pode chamar de teoria das capacidades<sup>2</sup>. O jurista baiano foi contratado pelo governo Imperial para, inicialmente, consolidar as leis civis vigentes, trabalho que concluiu em 1857<sup>3</sup>, e, posteriormente, para redigir um projeto de código civil, que ele chamou de Esboço de Código Civil<sup>4</sup>.

Em síntese, Augusto Teixeira de Freitas distinguiu a noção de personalidade, que seria a suscetibilidade para ser sujeito de direitos, da noção de

---

<sup>1</sup> A título de exemplo: SIMÃO, José Fernando. “Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade”. Partes 1 e 2. In: **Revista Consultor Jurídico**. 06/08/2015 e 07/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 02 jan. 2019; STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. “Princípios que Regem a Incapacidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência”. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 101-113; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 1. Lei de Introdução e Parte Geral. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 130.

<sup>2</sup> CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro**. Dissertação (mestrado em Direito). 2013. 239 f. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2013.

<sup>3</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1857.

<sup>4</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço de Código Civil**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860.



capacidade. Esta última seria plural e divisível em capacidade de querer, de ter direitos em geral, e capacidade de obrar, de exercer esses direitos<sup>5</sup>.

Também já estava presente na teoria do jurista a ideia de incapacidade de obrar como causa da representação, uma vez que a capacidade da pessoa era considerada um requisito de validade dos atos jurídicos. Segundo o autor, a incapacidade de obrar comportaria gradação. Em suas palavras:

Ou as *peessoas* são absolutamente incapazes de obrar, e seus atos não produzem efeito em caso algum. Ou, sendo incapazes apenas até um certo ponto, seus atos podem ter valor em certas circunstâncias, e debaixo de certas condições. Há pois uma *incapacidade absoluta*, e uma *incapacidade relativa*; como, por exemplo, no primeiro caso a dos *menores impúberes*, no segundo caso a dos *menores adultos*<sup>6</sup>.

Clovis Bevilacqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, adotou parte do esquema de capacidades elaborado por Augusto Teixeira de Freitas. Manteve os conceitos de personalidade e de capacidade de fato, muito embora tenha abandonado a noção de capacidade de direito, que acabou se tornando sinônimo de personalidade. Também foram aproveitadas as noções de incapacidade absoluta e relativa<sup>7</sup>.

Salvo algumas pequenas alterações, como o abandono da expressão “loucos de todo o gênero”, o fim da incapacidade da mulher casada, do ausente e do surdo-mudo e a diminuição da maioridade civil de 21 para 18 anos, o esquema permaneceu inalterado entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. O Brasil continuou se pautando por um esquema pensado há mais de 150 anos e que, segundo João Baptista Villela, em apresentação na Universidade Federal de Minas Gerais, em 9 de setembro de 2010, estaria em crise, posto ter se afastado de sua origem empírica e ter se prendido sobremaneira a esquemas rígidos e sujeitos ao puro arbítrio do legislador<sup>8</sup>.

Assim, já se fazia necessário repensar o regime das incapacidades à luz do princípio do personalismo ético, que impõe a valorização da pessoa humana como centro e fim de todo o Direito. Nesse paradigma, as incapacidades não podem perder o foco da valorização da autonomia da pessoa humana, entendida como o poder de autodeterminação, condição necessária para se efetivar a dignidade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil).

---

<sup>5</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859, p. 120.

<sup>6</sup> FREITAS. **Nova Apostila...** *cit.*, p. 123.

<sup>7</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**. Vol. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

<sup>8</sup> VILLELA, João Baptista. **O Fim das Menoridades?** Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=4IrtLfmWMT0>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

O poder de fazer escolhas e de criar normas para si mesmo, a partir da inserção em contextos interativos, é a necessidade humana básica<sup>9</sup>, mais além, é um dos eixos fundantes da pessoa humana<sup>10</sup>, de modo que deve ser sempre exercida no maior patamar possível. Para que a pessoa possa exercer sua autonomia de maneira efetiva, ela precisa ter capacidade de entendimento das circunstâncias e questões envolvidas e de discernimento da decisão que pretende tomar.

Nesse contexto, coloca-se o desafio da defesa da autonomia em relação a pessoas que, não obstante tenham atingido a maioridade, em razão de deficiência mental, enfermidade, vício ou outra causa, tenham sua capacidade de entendimento e de discernimento reduzidas, de maneira que não consigam se autodeterminar de forma livre e consciente.

Alguns autores ligam a pessoalidade, de alguma forma, aos processos mentais, à capacidade mental, à racionalidade, às memórias ou à consciência. Derek Parfit associa a identidade pessoal à conectividade de memórias<sup>11</sup>; Brunello Stancioli define a pessoa como o ser dotado de uma base sensível e capaz de exercer sua autonomia na alteridade<sup>12</sup>; Charles Taylor associa o *self* à busca de configurações em sua vida para torná-la plena de sentido, sendo impossível caracterizar uma pessoa sem alguma dessas configurações<sup>13</sup>.

Essas definições são pensadas para sujeitos capazes de interação inteligente, com capacidade de discernimento e de exercício da autonomia. Todavia, a situação se torna mais complexa quando se analisam indivíduos com poucos anos de vida ou com doenças mentais, sobretudo doenças mentais graves, as quais podem retirá-lo do intercurso racional, gerando incapacidade de interação minimamente inteligente, perda de memória, entre outros sintomas.

As características comumente associadas à pessoa, como autonomia, interação e memórias, têm base corpórea, de modo que exercê-las sempre pressupõe um corpo apto, sobretudo um cérebro, a partir do qual emergem os processos mentais. Esse corpo que possibilita o exercício da autonomia e da interação não é imutável, eterno e indestrutível. Ao contrário, é um corpo sujeito às vicissitudes do ambiente e da própria condição biológica. Um corpo que se modifica, desenvolve-se, adoce, envelhece, que se degrada pela ação do tempo ou que pode ser destruído por acidentes. Nesse sentido, a capacidade

---

<sup>9</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos. Ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>10</sup> STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício dos Direitos da Personalidade (Ou Como Alguém se Torna o que Quiser)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

<sup>11</sup> PARFIT, Derek. "Reductionism and Personal Identity". In: CHALMERS, David J. (Org.) **Philosophy of Mind**. New York: Oxford University Press, 2002.

<sup>12</sup> STANCIOLI, Brunello. **Renúncia... cit.**

<sup>13</sup> TAYLOR, Charles. **As Fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna**. Trad. Adail Ubirajara Sobral & Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997, p.41.

de discernimento e, conseqüentemente, de ser autônomo, pode ser afetada em diferentes graus e de diversas formas.

Entretanto, nem sempre a problemática dos sujeitos com diminuição da capacidade de entendimento e discernimento é enfrentada a fundo quando se trabalha temas afetos à personalidade. O ordenamento jurídico brasileiro, até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, abria margem à colocação da pessoa relativa ou absolutamente incapaz em uma “camisa de força”, impossibilitando-a de exercer pessoalmente todos os atos da vida civil, sendo representada em tudo e para tudo pelos pais, curadores ou tutores. Após a nova legislação, as pessoas com deficiência mental ou intelectual foram equiparadas aos plenamente capazes, o que também não parece ser a solução mais acertada. Dessa feita, é premente a necessidade de pensar e refletir criticamente acerca dos incapazes e do lugar a eles reservado no ordenamento jurídico pátrio.

Não se pode perder de vista que o tema das incapacidades constitui um válido banco de prova para verificar a transposição para o Direito de uma série de concessões políticas, econômicas e sociais, dominantes em determinado momento histórico, acerca da posição da pessoa humana quanto a suas manifestações de ser e de agir<sup>14</sup>.

Segundo José de Oliveira Ascensão, as incapacidades se caracterizam por três aspectos: *i*) são restrições tabeladas da capacidade de agir; *ii*) fundamentam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas; *iii*) o regime legal visa proteger os chamados incapazes<sup>15</sup>.

Assim, o regime das incapacidades situa-se entre a difícil tarefa de compatibilizar os ideais de proteção e autonomia. Naquilo em que a pessoa não puder exercer sua autonomia, por faltar-lhe o discernimento, o ordenamento jurídico deverá fornecer-lhe subsídios de proteção. Em contrapartida, deve-se resguardar, ao máximo, a autonomia que a pessoa com deficiência mental ou intelectual ainda possui, reservando espaços para que ela possa se manifestar e exercer suas escolhas, sendo tomada como um sujeito que tem sempre algo a dizer.

Partindo de todas essas constatações, a presente pesquisa teve como objetivo propor um novo modelo de proteção aos maiores com discernimento reduzido, que seja capaz de adequar o ordenamento jurídico brasileiro à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, contornando os problemas gerados pela Lei nº 13.146, de 2015. Buscou-se um modelo que seja factível no caso concreto e não gere desproteção às pessoas com deficiência mental ou intelectual.

---

<sup>14</sup> AUTORINO, Gabriella; STANZIONI, Pasquale. “Augusto Teixeira de Freitas e Problemi di Capacità dei Minori”. In: SCHIPANI, Sandro. (Org.) **Augusto Teixeira de Freitas e Il Diritto Latinoamericano**. Padova: CEDAM, 1988, p. 449-461, pp. 449.

<sup>15</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os bens**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

Para tanto, a tese adotou como marcos teóricos as ideias de autonomia relacional e prospectiva. Partiu-se da concepção de que a autonomia é uma construção intersubjetiva. Os indivíduos não nascem autônomos, ao contrário, é no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação de valores e de regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento de sua autonomia crítica<sup>16</sup>. Assim, a autodeterminação pode se basear na dinâmica interpessoal, de modo que se estende a outros a tarefa de promover a própria autonomia, empoderando tipos de alianças com os demais<sup>17</sup>.

A autonomia relacional está presente na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, na medida em que o documento incentiva a formação de uma rede de apoio às pessoas com deficiência, para que elas consigam participar efetivamente da sociedade em condições de igualdade com os outros cidadãos.

Para além do seu caráter relacional, a autonomia deve ser vista em seu viés prospectivo, que se projeta para o futuro. Ronald Dworkin foi um dos pioneiros na defesa do valor da autonomia manifestada em momento precedente. Segundo o autor, o direito de uma pessoa capaz à autonomia exige que suas decisões passadas sobre como ela quer ser tratada, caso desenvolva uma deficiência mental ou intelectual, sejam respeitadas, ainda que contrariem os desejos que manifesta na atualidade<sup>18</sup>.

Dessa feita, a partir dos marcos teóricos adotados, o trabalho buscou pensar em um modelo que respeite e promova a autonomia das pessoas maiores com discernimento reduzido por qualquer causa, sob um viés relacional e prospectivo.

Desenvolveu-se uma pesquisa de vertente jurídico-teórica, na medida em que se buscou rever e reformular teorias e conceitos. Utilizou-se, fundamentalmente, os tipos de investigação jurídico-compreensivo e jurídico-propositivo. Ou seja, analisou-se o problema, decompondo-o em seus diversos aspectos, relações e níveis, de modo a ser possível, ao final, propor mudanças.

O trabalho, então, foi dividido em duas partes, sendo a primeira destinada à revisão e crítica da literatura sobre o tema. O capítulo 1 destinou-se a uma revisão conceitual, tendo sido analisados os conceitos de pessoa, personalidade, capacidades e incapacidades de direito e de fato. Delineou-se um percurso histórico acerca dessas noções, enfatizando a maneira como foram compreendidas e regulamentadas no direito romano, no direito brasileiro pré-codificação, na obra de Augusto Teixeira de Freitas, nos projetos de Código Civil, bem como

---

<sup>16</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades...** *cit.*, p.20.

<sup>17</sup> SERIES, Lucy. "Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms". *In: International Journal of Law and Psychiatry*. N. 40, 2015, p. 80-91.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**. Nova Iorque: Vintage, 1994, p. 228.

no Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as modificações por ele desencadeadas no regime de incapacidades foram apresentados no capítulo 2.

No capítulo 3, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi analisada, com ênfase no art. 12, a respeito da capacidade legal. Foram apresentadas as recomendações do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como evidenciada a pretendida mudança de paradigma da substituição de decisão para a formação de uma rede de apoio às pessoas com deficiência.

Fechando a primeira parte, no capítulo 4, cuidou-se de uma análise crítica do sistema brasileiro atualmente em vigor. Foram, então, expostos os problemas gerados pelo Estatuto e a consequente desproteção das pessoas com deficiência mental ou intelectual. Ainda, foi detalhado o regramento da curatela após a entrada em vigor do Estatuto e do Código de Processo Civil de 2015 e do novo instituto da tomada de decisão apoiada, introduzido no art. 1.783-A do Código Civil.

A segunda parte da obra, denominada Proposições, teve início com o capítulo 5, no qual abordaram-se os valores e interesse em questão, notadamente a autonomia, a igualdade e a segurança jurídica, que deverão nortear a compreensão e as disposições acerca de qualquer modelo tendente a proteger pessoas maiores com ausência ou redução do discernimento.

Por fim, a partir de todo o trajeto percorrido e do arcabouço teórico formado, as propostas quanto ao sistema de proteção e apoio foram apresentadas no capítulo 6. O modelo sugerido, calcado na autonomia relacional e prospectiva, utiliza-se de cláusulas gerais para permitir sua adaptação às especificidades de cada caso concreto. Lança mão, também, de institutos já previstos no ordenamento jurídico, para além de sugerir a criação de outros mecanismos hoje desconhecidos do direito pátrio. Envolve medidas de apoio, manifestações antecipadas de vontade e, em casos extremos, incapacitação e representação.

As investigações feitas foram guiadas pelo ideal de se preservar, na maior medida possível, a autonomia que ainda resta ao sujeito com redução da capacidade de autogoverno, resgatando a importância do discernimento como critério para medidas protetivas, incluindo a incapacidade, de modo a afastar esquemas rígidos e pré-estabelecidos de maneira genérica e abstrata ao arbítrio do legislador. Como anexo à tese, foi apresentada uma proposta de lei com as principais sugestões de alteração no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a incorporar as ideias desenvolvidas na pesquisa.

Ressalva-se que a tese não teve a pretensão de formular um modelo perfeito e único. Ao contrário, teve como fim expor para a crítica parâmetros e sugestões que se entenderam convenientes e adequados ao regime de incapacidades, a partir do novo paradigma inaugurado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, espera-se que as proposições instaurem o debate e sirvam de norte aos operadores do Direito.

"A presente obra revela esmero e singular riqueza em todo o seu desenvolvimento. A abordagem do atual e imbrincado problema da capacidade civil da pessoa com deficiência mental é realizada com profunda e cuidadosa reflexão teórica, sem se esquecer dos seus reflexos na prática jurídica. A partir de uma detalhada análise do contemporâneo cenário que marca a temática, densificada por uma perspectiva interdisciplinar, são tecidas contundentes críticas ao sistema de incapacidades presente no Código Civil brasileiro. A autora trabalha com aportes da história do direito e analisa institutos análogos encontrados em outros ordenamentos jurídicos, de modo a ter adequado embasamento para a proposição de um modelo de proteção de maiores com discernimento reduzido."

FABIO QUEIROZ  
PEREIRA

