



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO - RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

**AUTONOMIA, INCAPACIDADE E TRANSTORNO MENTAL:
PROPOSTAS PELA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE**

Salvador
2015

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

**AUTONOMIA, INCAPACIDADE E TRANSTORNO MENTAL:
PROPOSTAS PELA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Direitos das relações sociais na contemporaneidade.

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

AUTONOMIA, INCAPACIDADE E TRANSTORNO MENTAL: UMA REVISÃO PELA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos que têm seus gritos abafados.

AGRADECIMENTOS

Escrever é um ato solitário, mas, por outro lado, uma tese não é algo que se escreva sozinho. É justamente com tal pensamento que gostaria de tecer diversos agradecimentos.

À minha orientadora, Profa. Dra. Roxana Borges, por ser alguém sempre empenhada em fazer com que meu padrão se mantenha alto.

Aos funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, da UFBA, por todas as valiosas lições e cordial convívio, representados aqui pela Profa. Dra. Mônica Aguiar e pelo Prof. Dr. Fredie Didier, que, além de tudo, tiveram a gentileza de compor a banca da defesa da minha tese.

Aos colegas do doutorado, graças aos quais pude participar de muitas discussões extremamente interessantes, me trazendo engrandecimento não apenas no campo intelectual, mas também na vida, o que faço direcionando, por todos, ao amigo Geovane Peixoto.

A Camila Vasconcelos, por ter amor e paciência para aguentar todas as crises existenciais que tive ao longo da produção desta tese.

À minha família, especialmente Márcia, minha mãe, e Marcelo, meu irmão, que me deram apoio pessoal nos momentos em que não podia distanciar minha atenção da pesquisa.

A Lilian Lordelo, psiquiatra, com quem tive oportunidade de discutir de modo engrandecedor muitos pontos desta pesquisa.

Aos colegas professores e ao corpo administrativo da Faculdade Baiana de Direito, que vêm ao longo dos últimos anos sendo grande parceiros e incentivadores, no que direciono aqui como representantes os coordenadores Carolina Mascarenhas e Fernando Leal Neto.

Aos meus alunos, com quem passo grande parte da minha vida, e que me inspiram a seguir em frente na carreira acadêmica.

Aos inventores dos psicofármacos, porque, sem eles, muitas das histórias aqui narradas seriam, sem dúvidas, ainda (mais) constantes e piores.

“Enquanto você se esforça pra ser
um sujeito normal
e fazer tudo igual

Eu do meu lado, aprendendo a ser louco
um maluco total
na loucura real

Controlando a minha maluquez
misturada com minha lucidez

Vou ficar
ficar com certeza
maluco beleza”

Raul Seixas – Maluco Beleza.

RESUMO

Esta tese realizou revisão crítica do papel da teoria da incapacidade civil na promoção da autonomia e dignidade do portador de transtorno mental. Para tanto, iniciou-se a pesquisa com análise do caminho da autonomia dentro do Direito Civil. Nisto realizou-se não apenas a análise do seu conteúdo, como também dos seus possíveis sentidos. Focou-se então nas diversas questões envolvendo o problema da limitação da autonomia, posto que sejam diretamente vinculadas à da incapacidade. Realizada esta ligação, passou-se a revisitar a própria teoria da incapacidade. Em tal intento, se historiou a incapacidade no direito brasileiro, teceu-se apresentação de sistemas estrangeiros e, principalmente, se tratou de questionar os fundamentos da incapacidade, normalmente ditos como sendo de proteção do incapaz. Por conta do recorte escolhido, procedeu-se na sequência a analisar as políticas de tratamento ao portador de transtorno mental. Geograficamente, esta análise foi dividida entre parte da Europa e o Brasil. Tematicamente, dividiu-se por fases históricas, passando pelo que se chamou de tempos desregrados, sistema asilar, reforma psiquiátrica e contrarreforma psiquiátrica. Colocados os pressupostos teóricos, seguiu-se então à realização da análise do incapaz portador de transtorno mental enquanto sujeito vulnerável. Dentro deste paradigma, foram analisadas diversas situações em que a vulnerabilidade se faz presente na vida deste sujeito. Começou-se pela abordagem do estigma e da normalidade, sofrida pelo incapaz portador de transtorno mental, por serem elas a porta de entrada para os demais problemas enfrentados, como a infantilização, perda da privacidade, docilidade dos corpos e exclusão do mundo. Por fim, se realizou análise crítica e propositiva de medidas que podem ser tomadas para a promoção da vida digna do incapaz portador de transtorno mental, notadamente pela via da garantia da sua autonomia na maior medida possível, levando em conta, principalmente, a legislação já existente sobre o tema.

Palavras-chave: autonomia; incapacidade; transtorno mental; vulnerabilidade; dignidade.

ABSTRACT

This thesis executed a critical review of the role of the theory of legal disability in the promotion of autonomy and dignity for mentally impaired persons. For that purpose, the research began with an analysis of the path of autonomy within Civil Law, aiming not only the analysis of its contents, but also its possible meanings. The focus was then placed on the myriad of issues involving the problem of limited autonomy, since they were directly related to disability. Once this link was established, was started a revisit to the very theory of disability. To that end, was historicized the issue of disability in Brazilian law, elaborated a presentation of foreign systems and, especially, questioned the foundations of disability, commonly stated as protection to disabled persons. Due to the chosen research focus, proceeded further to analyze the policies of treatment for mentally disabled persons. Geographically, this analysis was divided between Brazil and part of Europe and, thematically, it was divided by historical phases, through what was called unruly times, asylum system, psychiatric reformation, and psychiatric counter-reformation. After setting the theoretical assumptions, the research proceeded then to carry out the analysis of the mentally impaired person as a vulnerable subject. Within this paradigm, were analyzed several situations where the vulnerability is present in the life of this subject. At first by addressing the issues of stigma and normalcy as experienced by mentally impaired persons, since they are the gateway to other problems faced by them, such as infantilization, loss of privacy, docile bodies, and exclusion from the world. At last, was carried a critical and propositional analysis of the measures that can be taken to promote a dignified life for mentally impaired persons, notably through the guarantee of their autonomy to the greatest extent possible, taking into account mainly the legislation that already exists on the subject.

Keywords: autonomy; legal disability; mental disorder; vulnerability; dignity.

RÉSUMÉ

Cette thèse effectue la révision critique du rôle de la théorie de l'invalidité civile dans la promotion de la autonomie et dignité du porteur des troubles mentaux. Pour ce faire, la recherche a commencé par l'analyse de chemin d'autonomie dans le Droit Civil. Pour ça s'a effectué non seulement l'analyse du contenu mais aussi de ses possibles significations. On avait concentré dans les diverses questions impliquant le problème de la limitation de l'autonomie, puisque ils son directement lié dans l'invalidité. Après cette lié, on avait réexaminé la théorie de l'invalidité elle-même. Pour ça, on avait historicisé l'invalidité dans le droit brésilien, construit la présentation des système étranger et, surtout, s'interrogé sur les fondements de l'invalidité, normalement présentés comme nécessaire pour la protection des incapables. En raison d'abordage choisi, on avait procédé suivant pour analyser des politiques de traitement au porteur des troubles mentaux. Géographiquement, cette analyse a été divisée entre part de l'Europe et Brésil. Thématiquement, a été divise par les étapes historiques, en passant par des temps dérégées, système d'asile, réforme psychiatrique et contre-réforme psychiatrique. Suivant ces hypothèses, on avait analysé le incapable porteur des troubles mentaux comme sujet vulnérable. Dans ce paradigme, on avait analysé les diverses situations où la vulnérabilité se manifeste dans la vie de ce sujet. On avait commencé sur l'abordage du préjudice et normalité, souffrit par le incapable porteur des troubles mentaux, parce que ils sont la porte d'entrée pour les autres problèmes, comme l'infantilisation, la perte de la confidentialité, la docilité des corps et la exclusion du monde. Finalement, on avait faire la analyse critique et constructif des mesures qui peuvent être suivis par la promotion d'une vie digne de l'incapable porteur des troubles mentaux, notamment pour la voie de la garantie de son autonomie dans toute la mesure du possible, compte tenu, principalement, la législation existante sur le thème.

Mots-clés: autonomie; incapacité; troubles mentaux; vulnérabilité; dignité.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC-1916	Código Civil de 1916
CC-2002	Código Civil de 2002
CAPS	Centros de Atenção Psicossocial
CF-88	Constituição Federal da República de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	coordenador
CPC-1973	Código de Processo Civil de 1973
DSM	<i>Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders</i>
ed.	edição
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
n.	número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
Org.	organizador
OMS	Organização Mundial de Saúde
p.	página
RAPS	Rede de Atenção Psicossocial
t.	tomo
vol.	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AUTONOMIA	16
2.1 LIBERDADE E PRIVACIDADE	17
2.2 LIBERDADE E IGUALDADE	26
2.3 DEFININDO A AUTONOMIA: AUTONOMIA PRIVADA E EXISTENCIAL	39
2.4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA	46
2.4.1 Fatores de limitação da autonomia	47
2.4.1.1 Lei e ordem pública	48
2.4.1.2 Moral e bons costumes	49
2.4.2 Fundamentos da limitação da autonomia	52
2.4.2.1 Limitação objetiva	53
2.4.2.2 Limitação relacional	55
2.4.2.3 Limitação subjetiva	56
3 INCAPACIDADE	59
3.1 CAPACIDADE DE DIREITO E INCAPACIDADE	60
3.2 CAPACIDADE DE AGIR E INCAPACIDADE	63
3.2.1 Estados	65
3.2.2 Atos afetados pela incapacidade de agir	67
3.3 INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	69
3.4 INCAPACIDADE NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA	75
3.5 ABORDAGEM CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA TEORIA DA INCAPACIDADE	78
3.5.1 É a incapacidade instrumento puramente protetivo?	79
3.5.2 A quem protege a incapacidade?	82
4 ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS OCIDENTAIS DE TRATAMENTO DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL	88
4.1 OS TEMPOS DESREGRADOS	90
4.2 O SISTEMA ASILAR	93
4.2.1 O sistema asilar no sistema europeu ocidental	93
4.2.2. O sistema asilar no Brasil	96

4.3 A REFORMA PSIQUIÁTRICA E A LUTA ANTIMANICOMIAL	103
4.3.1 A reforma no sistema europeu ocidental	103
4.3.2 A reforma no Brasil	107
4.4 DIFICULDADES DA REFORMA E A CONTRARREFORMA PSIQUIÁTRICA	112
4.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
5 A VULNERABILIDADE DO INCAPAZ PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS	118
5.1 O ESTIGMA: NORMALIDADE, LOUCURA, CRIME E PECADO	124
5.2 PATERNALISMO, INFANTILIZAÇÃO E A PERDA DA AUTONOMIA	131
5.3 A EXCLUSÃO DO MUNDO	134
5.4 O PROBLEMA DA PRIVACIDADE	136
5.5 A DOCILIDADE DOS CORPOS	141
6 CAMINHOS PARA A PROMOÇÃO DA VIDA DIGNA DO INCAPAZ PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL	144
6.1 A CURATELA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	147
6.2 O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	150
6.2.1 Propositura da ação	150
6.2.2 Do interrogatório à entrevista	153
6.2.3 Resposta do interditando	156
6.2.4 Laudo pericial	157
6.2.5 Sentença e estabelecimento da curatela	159
6.2.6 Levantamento da curatela e reavaliação	161
6.2.7 Algumas considerações finais	163
6.3 TRANSTORNO MENTAL, DOENÇA MENTAL, INCAPACIDADE E INTERDIÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA À LUZ DO CASO DE DANIEL PAUL SCHREBER	163
6.4 INCAPACIDADE E INVALIDADE: UMA PROPOSTA	169
6.5 A LEI 10.216/2001 E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE	173
6.6 TRANSTORNO MENTAL, TRABALHO E PREVIDÊNCIA	177
7 CONCLUSÃO	180
REFERÊNCIAS	187

1 INTRODUÇÃO

A presente tese se propõe a analisar a relação entre a garantia de autonomia do incapaz portador de transtorno mental e a promoção da sua dignidade. A autonomia referida aqui será, em regra, aquela situada no âmbito jurídico, nos termos abaixo desenvolvidos. O interesse pelo tema se deu a partir da constatação de alguns problemas na teoria das incapacidades e no tratamento historicamente dado ao portador de transtorno mental. Então, já neste primeiro parágrafo, que se diga com todas as letras, esta é uma tese que analisa a situação de sujeitos vulnerados.

O primeiro dos questionamentos, diz respeito à existência de um sistema legal de regulamentação das incapacidades pouco flexível às especificidades dos sujeitos a ele subordinados. Além disso, ainda no campo da incapacidade e curatela, incomoda também sua configuração extremamente patrimonial, quando, em verdade, regulamenta matéria que diz respeito a aspectos existenciais do sujeito.

O foco no incapaz portador de transtorno mental se deu também por algumas razões. De um lado, o interesse da pesquisa surgiu por ter sido este um heterogêneo grupo de pessoas submetido a diversos abusos ao longo da história, sob o pretexto de tratamento, de melhor atender seus interesses. E isto, de certa maneira, ajuda muito a entender as falhas acima apontadas sobre a incapacidade.

Ademais, acredita-se que a incapacidade por transtorno mental termina sendo, à exceção da incapacidade por conta do sujeito não conseguir exprimir sua vontade, a modalidade que abarca todas as demais formas de incapacidade do sujeito maior. A prodigalidade e o vício em álcool ou drogas só são causas de incapacidade quando em verdade se manifestam como sintomas de algum transtorno mental.

Com base nestes pensamentos é que foram fixadas algumas hipóteses nesta tese. A primeira delas é de que o regime legal das incapacidades e da curatela no direito brasileiro se fundamenta excessivamente em bases patrimoniais, enquanto trata de questões que são prioritariamente existenciais. A segunda hipótese é de que o sistema de internação, notadamente nas instituições asilares, não contribui para o desenvolvimento da autonomia e personalidade dos portadores de transtorno mental. A terceira hipótese é de que muitos dos danos e restrições causados ao incapaz portador de transtorno mental pelos fatores acima

podem ser evitados mediante uma releitura do sistema que favoreça a realização da sua autonomia, personalidade e vida digna.

Far-se-á notar pela leitura, que o tema pediu incursões para além do campo da ciência do direito. Assim, são citadas pesquisas também em medicina (notadamente no campo da psiquiatria e psicopatologia), psicologia, bioética, enfermagem, sociologia, filosofia e educação.

A pesquisa dogmática, além dos óbvios conceitos que precisaram ser explorados, como personalidade, dignidade, incapacidade, curatela e interdição, foi fortemente calcada na teoria do fato jurídico, como trabalhada por Marcos Bernardes de Mello e Pontes de Miranda, por se acreditar que oferece ela consistência e coerência às categorizações dentro do mundo do dever-ser.

Entretanto, a tese, para além da análise dogmática, tem um viés de crítica institucional, em que se pretende identificar a voz dos vulnerados. Neste ponto, acabou tendo por marco referencial maior a obra de autores como Michel Foucault, no seu ataque à normalidade e às instituições disciplinares, e Erving Goffman, na sua análise das instituições totais e do estigma.

Quanto aos métodos de pesquisa, foi esta realizada com base em pesquisa bibliográfica e documental. São trazidos e analisados no texto também dados empíricos, entretanto se tratam de dados obtidos a partir de outras pesquisas e devidamente referenciados. Há também algumas referências a decisões judiciais, normalmente utilizadas a título de exemplo ou crítica, mas estas se deram de modo pontual, ilustrativo, de forma que não se acredita poder falar que tenha sido feita pesquisa jurisprudencial. Esta escolha se deu por conta de se tratar de construção de uma tese jurídica, crítica da dogmática. Assim, mais importante do que renovar dados empíricos, aos quais se teve acesso por outras pesquisas, foi realizar uma revisão teórica do tema com cunho propositivo.

Assim é que, com o objetivo de analisar de modo mais preciso as hipóteses acima suscitadas, e levando em conta a diversidade de abordagens redigiu-se este texto, para além da introdução e conclusão, dividindo-o em cinco capítulos.

Iniciou-se a elaboração do texto com pesquisa sobre a autonomia, aqui considerada como elemento integrante da própria dignidade do sujeito. Assim, realizou-se análise do seu conteúdo, de suas espécies, bem como dos fatores e fundamentos da sua limitação. É que, por óbvio, a incapacidade implica ao menos em algum grau na limitação da autonomia do sujeito,

razão porque se fez necessário este estudo. Pareceria por demais falho analisar o ato que retira o direito, sem ter analisado o direito em si.

Em seguida, realizou-se revisão da teoria das incapacidades. Para tanto, partiu-se inicialmente da abordagem das espécies de capacidade, a saber, de direito e de agir, sendo esta última a de maior relevância para a tese desenvolvida. Na busca de melhor entender a configuração atual da incapacidade, realizou-se abordagem tanto do seu histórico de regulamentação legal no direito brasileiro, como também em algumas legislações estrangeiras. Estes, entretanto, figuram como pontos de apoio para o objetivo central deste capítulo, que é o de questionar os fundamentos da incapacidade. Para tanto, colocou-se em xeque a comum afirmação de que a retirada de direitos, como realizada pela incapacidade, é um instrumento com caráter unicamente protetivo, como também aquela que diz que a incapacidade é talhada exclusivamente para a proteção do incapaz.

Como se optou por tratar especificamente da incapacidade do portador de transtorno mental, realizou-se, em sequência, abordagem, mormente histórica, da regulamentação dos sistemas ocidentais de tratamento deste. Não se pretendeu aqui classificar doenças e transtornos, posto que não se acredita ser esse objetivo da ciência jurídica. O que se fez foi analisar os modelos que surgiram como respostas, tanto do Direito, quanto de outras áreas do saber, notadamente da psiquiatria, à existência do sujeito portador de transtorno mental.

Os estudos sobre os sistemas de tratamento acima abordados, dão conta da especial situação de vulnerabilidade em que se encontra o portador de transtorno mental, que termina por ser o enfoque do capítulo que o segue. Trabalha-se aqui não apenas a noção de vulnerabilidade e sujeito vulnerado sob diversos enfoques, como também os impactos disso na possibilidade de uma vida digna e com respeito à sua personalidades.

É partindo desta perspectiva que se trata de questões como o estigma, o padrão de normalidade, o paternalismo, a exclusão do mundo, a perda da privacidade e a violação do corpo dos portadores de transtorno mental, são abordadas sob enfoque amplamente interdisciplinar.

Constatados os problemas, procurou-se, no último capítulo anterior à conclusão, buscar respostas e realizar propostas, no âmbito jurídico, para a diminuição destes problemas. Por um lado achou-se necessário realizar compilação de diversos textos legais sobre o tema, para, a partir de análise com foco na promoção da autonomia em prol da vida digna do incapaz portador de transtorno mental, buscar desvelar possibilidades presentes, mas muitas vezes

ignoradas na prática jurídica acerca do tema. Por outro, buscou-se propor soluções para alguns problemas encontrados pela doutrina, tanto do ponto de vista de precisão terminológica, como de fundamentos teóricos. Este, em suma, foi o roteiro desenvolvido na elaboração deste texto.

2 AUTONOMIA

A pesquisa que se realiza quanto à autonomia do sujeito neste texto, não se relaciona unicamente com as definições comumente encontradas de autonomia da vontade e de autonomia privada. Estas têm matrizes historicamente voltadas ao aspecto patrimonial, notadamente da realização de negócios jurídicos.

Já a análise que aqui é desenvolvida, embora também incorpore tal ponto, possui objetivo diverso. O que objetiva a presente tese é a analisar a autonomia do sujeito incapaz, notadamente do portador de transtorno mental. O que se faz é verificação de como a limitação da autonomia surgida por conta da incapacidade afeta o desenvolvimento e gozo da personalidade do sujeito.

A abordagem da autonomia realizada na presente tese, portanto, ultrapassa o aspecto patrimonial para se focar na questão existencial. A pesquisa sobre autonomia que a partir daqui se expõe tem mais foco na sua faceta que é essencial para o desenvolvimento personalidade do sujeito, para sua dignidade, para a realização da sua vida enquanto ser humano autônomo.

Não que isso implique desprezo à abordagem mais tradicional da autonomia no que toca ao aspecto patrimonial. Até porque, no modelo econômico da atual sociedade, seria de extrema ingenuidade pensar que não há correlação entre os dois fatores. O que se quer é tão somente escapar da perspectiva reducionista e excludente que limita a análise da autonomia aos seus reflexos patrimoniais.

Justamente por conta de se abordar a autonomia numa perspectiva mais ampla é que se realiza inegável aproximação entre as discussões quanto a esta, normalmente realizada no campo do Direito Privado, e quanto à liberdade, que, via de regra, se dá no campo do Direito Público. É que, em última análise, em ambos os casos o que está em jogo é tanto o *limite* do que o sujeito é livre para fazer, bem como as *condições* que lhe são dadas para tais realizações.

Esta relação fica ainda mais clara na medida em que se pretende verificar qual o impacto da autonomia na realização dos direitos da personalidade da pessoa, nas suas possibilidades de vida digna, que são objetos também analisados pela teoria constitucional enquanto direitos fundamentais.

Por conta de tais fatores é que a abordagem sobre autonomia que aqui se faz se iniciará a partir da sua pertinência com o conceito de liberdade. E isso se dá não apenas por conta da já citada proximidade dos objetos, mas principalmente para que se possa clarificar que a liberdade e, por conseguinte, a autonomia, mais do que um meio para realização de outros direitos, são também elas mesmas direitos fundamentais.

Acontece que a liberdade é uma ideia das mais fundamentalmente defendidas, mas ao mesmo tempo também das mais imprecisas. Neste âmbito mais geral, filosófico poder-se-ia dizer, a dificuldade no conceito de liberdade se deve ao fato de que há tantas liberdades quanto há diferentes formas de enxergar o mundo. O entendimento sobre o que é liberdade, não necessariamente a essência do que ela seja, se é que é possível pensar em tal, é culturalmente multifacetado.

Estes pontos, por si, já destacam a dificuldade de se chegar a um conceito ou definição de liberdade. Nos dois tópicos seguintes, objetiva-se justamente traçar contornos sobre o conceito de liberdade. É este um caso em que a formulação de uma definição em si parece pouco útil para a discussão, de modo que se objetiva prioritariamente apresentar caracteres que ajudem no seu entendimento.

Para tanto, abordar-se-á a liberdade a partir de duas dimensões, o que se dará pela relação da liberdade com outros dois aspectos que, em diferentes formas, parecem servir como seu fundamento e conformação, quais sejam a privacidade e a igualdade.

Metodologicamente, a abordagem dos pontos acima suscitados se dará pela análise de teorias sobre o tema, bem como de documentos historicamente garantidores de liberdade, tais quais as declarações de direitos humanos.

2.1 LIBERDADE E PRIVACIDADE

Ainda quando se busque restringir o *locus* de fala sobre a liberdade, para analisá-la enquanto direito fundamental, não há grande mudança no problema acima descrito. A liberdade como tal, é também um dos direitos mais reconhecidamente fundamentais, bem como se situa dentre aqueles menos claros, de modo que “quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade”¹. Isso leva,

¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.218.

inclusive, ao desvirtuamento do seu sentido, sendo muitas vezes utilizada como mero recurso de retórica para induzir os sujeitos a determinadas condutas².

Sofre, portanto, a liberdade do mesmo problema que aponta Ingo Wolfgang Sarlet sofrer a dignidade, havendo sempre controvérsia quanto ao seu conteúdo, dada sua relação com as complexas possíveis manifestações da personalidade humana³.

Dirley da Cunha Jr. ao abordar o tema, afirma que o direito à liberdade “consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência”, ou seja, um “poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade”⁴. Relaciona-se a liberdade, portanto, com a própria possibilidade de realização pelo sujeito do seu projeto de vida.

Nardella-Dellova, ao tratar do direito numa perspectiva de relação com a anarquia, afirma que todos desejam a liberdade continuamente, podendo ela, assim como os direitos humanos, ser colocada numa perspectiva utópica, como um caminho a seguir, ainda que não necessariamente alcançável. É que, destaca o autor, por mais que haja conquistas para a liberdade e direitos humanos, sempre haverá algum grupo, ou mesmo o Estado, que estará oferecendo oposição em relação à integridade física, emocional, espiritual ou mesmo das relações sociais⁵.

O entendimento dogmático sobre a liberdade perpassa por diversos matizes do seu conteúdo ao longo do progresso histórico da humanidade. Suas primeiras garantias, na era Moderna, se deram como proteção do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado. Daí porque a liberdade é, num primeiro momento, mais relacionada com a própria questão da privacidade no seu sentido mais amplo, ou seja, de um espaço de proteção do sujeito contra a ação do Estado. Apenas em momento posterior é que a realização da liberdade ganha contornos relacionados com a igualdade, como se verá no item seguinte.

O exame dos documentos históricos que se destinaram à configuração do que hoje se chama de direitos fundamentais deixa bastante clara essa progressão da liberdade. Os primeiros, de origem inglesa, que possuem como tronco principal a *Magna Cartha Libertatum*, garantem a liberdade justamente através do fortalecimento do espaço privado do sujeito. Somente a partir

² Ibidem, p.218.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.15.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.682.

⁵ NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Anarquia e direito: uma formação plural e humanista. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=pCSvu_47Y1M>. Acesso em 10 jan. 2014.

da Declaração do Bom Povo da Virgínia e da Declaração resultante da Revolução Francesa é que se nota a proteção da liberdade passando por caracteres mais relacionados com a igualdade. Neste momento, realizar-se-á a análise dos documentos pertencentes ao primeiro grupo.

Os sujeitos, no regime feudal, não possuíam qualquer tipo de garantia, encontrando-se completamente submetidos à ingerência dos nobres. Aliás, perante o poder do rei, mesmo aos nobres não eram dadas plenas garantias, o que se pode notar claramente pela primeira Declaração de direitos, a *Magna Charta Libertatum*, assinada já em 15 de junho de 1215, pelo Rei João sem Terra, da Inglaterra.

Embora não se possa dizer que tal Carta tivesse conteúdo constitucional, já que outorgava garantias somente a determinadas classes de sujeitos⁶, e tenha ela sido violada já poucos meses depois, sendo revogada em diversos termos ao longo do tempo até que nada mais dela restasse⁷, não se pode negar que foi um importante passo na promoção da liberdade.

A especificidade dos destinatários é clara desde o início do documento, que em seu primeiro item resguarda a liberdade da Igreja Católica inglesa em relação ao rei. Na mesma linha, no item quinze, garante-se a Londres e demais cidades exercer seus costumes livres e liberdades ancestrais⁸. As menções à liberdade nestes dois itens, portanto, não dizem respeito à dos cidadãos, mas sim de outros entes políticos, o que hoje se referiria como pessoa jurídica, em relação à pessoa do rei.

No que toca à liberdade dos sujeitos em sentido mais próximo do que se tem na atualidade, os itens mais importantes, sem sombra de dúvidas, são o 39 e o 42. O item 42 concede o direito de ir e vir, questão básica da liberdade, para todos os sujeitos, ressalvada algumas exceções como os tempos de guerra. Garantia essa que, de certa forma, é complementada pelo quanto garantido no item 39 que determina que nenhum homem livre deve ser pego, aprisionado, expropriado, ou exilado ou de qualquer maneira destruído, ou de qualquer forma perseguido pelo Rei, exceto pelo julgamento dos seus pares ou da lei da terra.

Ainda em relação aos sujeitos, pode-se destacar a determinação dos itens 20, 21 e 22, de que só serão punidos de acordo com a gravidade da ofensa, colocada de acordo com os homens honestos da vizinhança, à exceção dos condes e barões que só seriam julgados por seus pares

⁶ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p.575.

⁷ Magna Cartha Libertatum. Disponível em <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2013.

⁸ Ibidem.

e dos clérigos que gozavam também de benefícios⁹. Trata-se de garantia que, de certa maneira, pode ser relacionada com a liberdade, na medida em que diz que o limite do que se sofrerá de sanção está relacionado com a transgressão realizada. O sujeito, assim, não sofreria penalidade capaz de lhe privar, dentre outras penalidades, da sua liberdade, desproporcional ao agravo que realizou.

O item 23, por sua feita, liberava as vilas e indivíduos do dever de ter que construir pontes às margens dos rios, exceto quando assim já legalmente determinado anteriormente. O item 28 proíbe os bailios e meirinhos do rei de tomarem milho ou qualquer outra provisão sem proceder ao pagamento, a não ser que de outro modo autorizado pelo vendedor. Do mesmo modo o item 30 proíbe que o xerife ou bailios tomem cavalos ou carruagens de qualquer homem livre para serviço de transporte contra a vontade destes, e o 31 proíbe o rei e seus bailios de tomarem madeira de seus donos.

São todas essas restrições descritas nos itens 23, 28, 30 e 31, garantias da liberdade do sujeito no seu sentido mais primordial, ou seja, de não ser violado pelo Estado, no caso o rei e seus representantes. Nota-se, como ponto em comum principalmente entre as três últimas, que a garantia se relaciona com o direito de propriedade. Embora talvez não se encontre a proteção da propriedade dentre as questões comumente tratadas na esfera da liberdade, à época se mostrava como essencial tal garantia que implicava, em última instância, no livre uso dos seus recursos e bens, protegidos contra a ação ilegítima do rei. A propriedade sempre se relacionou com o poder, de modo que a garantia da não violação dela pelo rei, tem por consequência a atribuição de maior poder aos cidadãos-proprietários e, por conseguinte, maior garantia da sua liberdade.

Também na linha da proteção da liberdade de propriedade, mas mais especificamente de comércio, a garantia constante do item 41, que permite a todos os comerciantes das diversas nações o livre tráfico de suas pessoas e bens pela Inglaterra, exceto em tempos de guerra.

Do ponto de vista de garantia procedimental da liberdade, tem-se a determinação do item 40, que garante que os direitos e a justiça não serão vendidas, atrasadas ou recusadas a quem quer que seja.

Por fim, no item 63, se reafirmam as liberdades e direitos da igreja e dos homens do reino.

⁹ Ibidem.

A *Petition of Rights*, de 1628, não traz novas proteções, mas antes renova o pedido ao Rei, realizado aqui de forma mais genérica, das garantias previstas na *Magna Charta* que, como já salientado, não foram seguidas do modo devido.

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, já em sua abertura indica sua forte conexão com a questão da liberdade, ao determinar que se trata de um *act* para “melhor assegurar a liberdade do sujeito, e para prevenir aprisionamentos além dos mares”¹⁰. Como ditado pelo próprio nome do *act*, esta declaração de direitos se dirigiu à liberdade contra o encarceramento, liberdade, portanto, contra atos do Estado, uma vez mais.

O *Bill of Rights*, de 1689, fruto da Revolução Gloriosa, e o *Act of Settlement*, de 1707, embora não se disponham a enumerar proteções específicas contra a liberdade, também possuíram importante valor na sua proteção, na medida em que limitaram o poder do rei, evitando assim abusos contra o povo, dentre eles aqueles que envolviam a arbitrária privação da liberdade nas suas mais variadas formas.

Pela enumeração destes documentos históricos se pode perceber que não à toa é que, levando em conta a clássica distinção dos direitos em gerações (ou dimensões), a liberdade é classificada como um direito de primeira geração. Os direitos de primeira dimensão se colocam justamente como direitos negativos¹¹, ou seja, direitos atribuídos aos sujeitos contra a ação indevida do Estado¹². Foram, por óbvio, os direitos de primeira dimensão também os primeiros a terem reconhecimento solene, já nestas primeiras declarações de direitos¹³.

É que, como já salientado, o início da defesa da liberdade se dá justamente como a imposição de uma não interferência do Estado na esfera privada do sujeito. Há, portanto, no surgimento, relação entre privacidade e liberdade. A liberdade é concebida, inicialmente, a partir da garantia da não interferência do Estado na vida privada, ou seja, grosso modo é concebida como sendo um aspecto da privacidade.

¹⁰ Habeas Corpus Act, disponível em < <http://www.constitution.org/eng/habcorpa.htm>>, acesso em 02 jan. 2014. No original: “An act for the better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the seas”.

¹¹ Destaque-se a observação feita por Marcos Sampaio, de que não é absoluta essa afirmação de que os direitos de primeira dimensão exigiriam uma inação do Estado e os de segunda seriam prestacionais. SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.51.

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992., p.11.

¹³ Como sabido, em sequência vieram os direitos de segunda, terceira e quarta dimensão, como destaca Bobbio, na supracitada obra: “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de Segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de Quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”, p.???

Na mesma linha, de acordo com a teoria dos quatro *status* de Jellinek, a liberdade estaria enquadrada no chamado *status negativus* ou *status libertatis*, que confere ao sujeito, “por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal”¹⁴. Vê-se que em tal perspectiva a ideia de liberdade é diretamente vinculada à de não intervenção do Estado. A liberdade enquadrada como *status negativus* é, portanto, o espaço do privado, em que o Estado não pode se imiscuir.

A liberdade, em seu sentido mais puro, portanto, se relaciona com a ideia da autodeterminação, da não ingerência externa na vida do sujeito, na possibilidade de “agir sem interferência de quem quer que seja, nas escolhas e no exercício da vida privada de cada indivíduo”¹⁵.

Dworkin, ao falar sobre liberdade, afirma que se pode considerá-la a partir de duas diferentes concepções que, embora interligadas, divergem em aspectos essenciais. Seriam elas seria a “liberdade como licença, isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade, e a ideia de liberdade como independência, isto é, o status de uma pessoa como independente e igual e não como subserviente”¹⁶.

A distinção apresentada pelo autor se alinha muito com a abordagem realizada no presente texto, que identifica a relação da liberdade com a privacidade (tratada por Dworkin como sendo a liberdade como licença) e com a igualdade (que guarda proximidade com a ideia de liberdade como independência). Abordar-se-á aqui a liberdade como licença, deixando a liberdade como independência para o tópico seguinte.

A liberdade como licença é indiscriminada, significando o direito de fazer aquilo que quer, seja lá qual for o conteúdo da ação em questão. Assim, sempre é restringida pela criação de toda e qualquer lei prescritiva, ainda que seja essa uma lei boa e essencial, como a vedação à prática do homicídio, já que toda e qualquer lei prescritiva, de alguma maneira, diminui a liberdade como licença do indivíduo. Nesse sentido, portanto, atribuir um valor alto à liberdade como licença implica atribuir valor mais baixo a outros valores a ela contrastáveis¹⁷. Por conseguinte, quando se entende a liberdade como licença, quanto mais valor a ela se conferir, menor será a possibilidade de qualquer regulamentação legal prescritiva, pois

¹⁴ JELLINEK *apud* CUNHA JÚNIOR, op., cit., p.559.

¹⁵ AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p.85.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.404.

¹⁷ *Ibidem*, p.405.

difícilmente outros valores conseguirão suplantá-la a ponto de justificar sua limitação. A máxima realização da liberdade como licença, portanto, se dá a partir da menor ação estatal possível, já que toda lei, em essência, acaba por limitar a liberdade em alguma medida.

Essa mesma distinção entre possíveis visões sobre a liberdade é também identificada por Robert Alexy. Afirma ele que a liberdade específica de uma pessoa deve ser entendida a partir de uma relação triádica, constituída “entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade”¹⁸.

A liberdade, no sentido jurídico, deve ser entendida não como somente uma ação, mas como uma alternativa de ação. Nesta concepção, tem-se a chamada *liberdade negativa*, que significa que não são negadas ao sujeito as alternativas de ação¹⁹. Ser livre seria, portanto, não ter tirado de si ou obstacularizado de modo indevido as suas possibilidades de agir. Implica, assim, em o sujeito (titular da liberdade) não ser impedido por outro (obstáculo da liberdade) de fazer ou não fazer algo (alternativa de ação, que se constitui na liberdade jurídica como o objeto da liberdade). Não se encontra garantida simplesmente pela permissão para fazer, devendo estar garantida também a de não fazer.

A realização dessa liberdade negativa nos termos propostos por Alexy passa simplesmente por uma abstenção do Estado em criar óbices a tal acontecimento, não se enquadrando como um direito à prestação, mas sim como um direito de defesa²⁰. É, dessa forma, uma ideia de liberdade que melhor se adequa à sua relação com a existência de um espaço privado de não interferência estatal.

Entretanto, Alexy diz que se pode falar de liberdade negativa em sentido amplo e em sentido estrito. A última seria a que se adequa à concepção liberal de liberdade, de não intervenção estatal²¹, tendo sido a acima descrita. Já a liberdade negativa em sentido amplo significa “a liberdade de se fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer, ou seja, a liberdade de escolher entre alternativas de ação”, de modo que ela de um lado “inclui essa liberdade liberal e, de outro, abarca outras coisas, como a liberdade econômico-social, a qual não existe se o indivíduo estiver submetido a uma situação de privação econômica que o embarace em seu exercício de alternativas de ação”²². Essa liberdade negativa em sentido amplo, portanto, traz

¹⁸ ALEXY, op. cit. p.320.

¹⁹ Ibidem, p.222.

²⁰ Ibidem, p.223.

²¹ Ibidem, p.233.

²² Ibidem, p.351.

em si a necessidade de o sujeito não se encontrar em situação de vulnerabilidade econômica para que possa ela se realizar.

Acredita-se que haja certo conflito quanto à realização da liberdade negativa em sentido amplo e em sentido estrito concomitantemente, uma vez que dificilmente se realizará a liberdade econômico-social, entendida como a ausência de privação econômica de todos os sujeitos, sem a intervenção estatal. Poder-se-ia pensar em encaixar a liberdade negativa em sentido amplo na abordagem em que é a liberdade relacionada com a igualdade, mas também isso não seria possível, já que a liberdade negativa em sentido amplo exige também a não intervenção do Estado. Parece, em suma, que no atual panorama econômico mundial, é simplesmente irrealizável a liberdade negativa em sentido amplo.

Interessante também notar que, embora a liberdade negativa se realize em maior medida a partir da menor intervenção estatal possível, tem ela sua existência garantida a partir da elaboração legal. É que ainda que por vezes se possa pensar que a liberdade não necessita de uma norma expressa para sua existência, haja vista que derivaria simplesmente da não-proibição e não-obrigatoriedade de uma conduta, isso não é verdadeiro quando se trata da liberdade enquanto direito fundamental²³. É que são as normas de direitos fundamentais que fixarão os limites do dever-ser para as normas inferiores, de modo que a permissão constitucional de uma liberdade se coloca como fator de sua garantia²⁴.

O que, por sua vez, Alexy chama de liberdade não-protégida é aquela em que, independentemente de regulamentação legal, se encontram abertas ao sujeito a possibilidade de ação ou abstenção²⁵. Nessa linha é que afirma o autor que

Contudo, a proteção constitucional da liberdade não se limita a isso. Ela é constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Se uma liberdade está associada a um tal direito e/ou norma, então ela é uma liberdade protegida²⁶.

Essas se encontram fundamentadas em normas permissivas implícitas. Mas, ao tratar da liberdade como direito fundamental, é necessário se entender que sua base se dá numa norma permissiva explícita²⁷ constitucionalmente garantida.

Ao tratar da divisão da liberdade em diversos âmbitos, Alexy o faz associando-a com a privacidade. Assim é que fala que a liberdade se divide em diferente esferas, cada uma

²³ Ibidem, p.231.

²⁴ Ibidem, p.232.

²⁵ Ibidem, p.230.

²⁶ Ibidem, p.233.

²⁷ Ibidem, p.230-231.

demandando um grau diferente de proteção. A que chama de esfera mais interior, seria aquela mais íntima, mais responsável por configurar a própria ideia de vida privada, de modo que seria o âmbito inviolável da liberdade, protegida de maneira absoluta. Nesta esfera estariam os direitos relacionados à liberdade que não afetam terceiros ou a sociedade, de modo que qualquer colisão com a proteção da liberdade do sujeito nesse grau se resolveria em prol da sua proteção²⁸.

A segunda esfera seria a da esfera privada ampliada, “que inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior” e a última delas seria a esfera social, “que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada”²⁹. Alexy destaca a dificuldade de analisar a diferença entre o que se situa em cada uma destas últimas esferas, indicando que não haveria diferença entre o grau de proteção conferido a cada uma delas, importando antes “fazer diferenciações tanto com base na intensidade de afetação quanto com base no grau de privacidade”³⁰.

Note-se que, uma vez mais, o texto de Alexy confirma a ideia aqui defendida, ao destacar a relação entre liberdade e privacidade. Primeiro, porque considera a existência de uma zona de liberdade como sendo inviolável, e o faz justamente por afirmar que ela se encontra vinculada ao mais recôndito espaço privado do sujeito. Ademais, em que pese nas duas últimas esferas considerar o autor que não há diferença no tipo de proteção, apresenta a privacidade como um dos critérios para determinar se deve ela se dar diante do caso concreto.

2.2 LIBERDADE E IGUALDADE

Superado o primeiro momento, que foi, por assim dizer, aquele de consolidação da existência de uma liberdade individual do sujeito face ao Estado, passa-se a perceber que a realização da liberdade não depende somente da não interferência deste.

É que o exercício da liberdade depende não apenas da sua garantia formal, mas também de condições formais e materiais que propiciem a sua realização. A disparidade de condições entre os diversos sujeitos que compõem a sociedade, notadamente no atual mundo dominado

²⁸ Ibidem, p.361.

²⁹ Ibidem, p.361.

³⁰ Ibidem, p.363.

pelo capitalismo e neoliberalismo, coloca-se, cada vez mais, como um empecilho para a realização da liberdade.

É que, enquanto houver sujeitos com mais poder do que os outros, a história tem mostrado que a tendência é que haja a opressão dos fracos e, por conseguinte, a diminuição ou até mesmo supressão por completo da sua liberdade. Em última análise, era isso que se reclamava contra o Estado na Idade Média: que seu poder totalitário deixasse de existir, abrindo assim espaço para os direitos e liberdades individuais. Hoje, por outro lado, dentro da perspectiva do Estado de Bem-Estar Social e da promoção da dignidade da pessoa humana, o que se reclama é que o Estado atue em prol de garantir o exercício da liberdade por cada um dos sujeitos.

Esse movimento ganha força a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789³¹. Ainda que ela tutele a liberdade de modo mais genérico, sem maior apuração quanto aos direitos específicos de liberdade, como já faz a mais recente Declaração de 1948, sua garantia aqui já se encontra imbricada com a da igualdade. Determina que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, independentemente de qualquer distinção social (art.1º), tratando tal direito como sendo natural e imprescritível (art.2º).

Em que pese se saber que a Revolução Francesa foi de fato uma revolução realizada em prol da defesa dos interesses da burguesia contra o monarquismo absolutista da França, e que o homem livre e igual ao qual a Declaração se refere, portanto, é o burguês, não há como desprezar o impacto de tal documento na história. Era claro o objetivo emancipatório da Revolução Francesa, ao menos no nível teórico, devido à forte influência do Iluminismo, ou Esclarecimento, explicado por Kant como

(...)a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem a ousadia de fazer uso de teu próprio entendimento – tal é o lema do Esclarecimento [*Aufklärung*]³².

Justamente por conta dessa característica de oposição ao então vigente regime absolutista é que a Declaração fruto da Revolução Francesa tem caráter claramente mais individualista do

³¹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em 30 dez. 2013.

³² KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? (“*Aufklärung*”). In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 115.

que as norte-americanas. O que se busca é, basicamente, garantir o direito do indivíduo, sem tanta noção de comunidade³³.

Não à toa, portanto, é que a Declaração foi, ao longo da história “submetida a duas críticas recorrentes e opostas: foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral”³⁴.

Ao menos à primeira crítica, da abstratividade,

respondeu-se com a observação de que aqueles direitos aparentemente abstratos eram realmente, na intenção dos constituintes, instrumentos de polêmica política, cada um deles devendo ser interpretado como a antítese de um abuso do poder que se queria combater, já que os revolucionários, como dissera Mirabeau, mais que uma Declaração abstrata de direitos, tinham querido fazer um ato de guerra contra os tiranos³⁵.

A despeito disso, como já afirmado, não há como negar a sua importância, tendo se constituído como um marco fundamental, com sua Declaração de Direitos, para toda a história dos direitos humanos e fundamentais.³⁶

Já a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* traz a questão da liberdade em diversos pontos. Desde o preâmbulo a Declaração aponta a necessidade da dignidade como fundamento da liberdade.

Seu artigo primeiro também afirma que todas as pessoas nascem livres e iguais em direitos. Redação essa que, aliás, é praticamente repetição do quanto já encontrado na Declaração fruto da Revolução Francesa³⁷. O artigo segundo traz a possibilidade de todas as pessoas gozarem dos direitos e liberdades independentemente de qualquer preconceito. O terceiro reafirma o direito à liberdade em si, sem colocá-lo como fundamento de outro qualquer, juntamente com o direito à vida e à segurança pessoal.

Tem-se ainda a proibição da escravidão (art.4º) e da prisão arbitrária (9º), bem como a garantia do direito de ir e vir (art.13). Garante-se também o direito à liberdade de pensamento (art.18), de opinião e expressão (art.19), bem como o de reunião e associação (art.20). O art.22, por sua vez, garante a liberdade na escolha de emprego.

Interessante notar também a análise feita por Grimm, quanto ao modo de surgimento do direito à liberdade na Alemanha. Grimm destaca a diferença entre as demandas de liberdade

³³ BOBBIO, op. cit., p. 90.

³⁴ Ibidem, p.97-98.

³⁵ Ibidem, p.98.

³⁶ Ibidem, p. 128.

³⁷ Ibidem, p. 118.

na revolução de março de 1848, na Alemanha, gestada na esteira da Revolução Francesa e as da atualidade. As demandas em 1848 se dirigiam à liberdade de imprensa, de associação e reunião, proteção contra prisão arbitrária, supressão dos encargos feudais, igualdade de direitos e direitos eleitorais gerais, sem que se tenha dado grande importância para as chamadas liberdades econômicas³⁸.

Mas, mesmo a busca dessas liberdades ainda se dava de forma tímida na Alemanha de então, já que não era unânime o interesse dos participantes da assembleia nacional constituinte em trazer os direitos garantidos na experiência francesa para a Alemanha³⁹.

Prevaleceu no debate o ideário dos liberais de direita, não se fazendo referência direta à Revolução Francesa ou aos direitos humanos como sendo direitos naturais, a exemplo do que realizado naquela. O que se realizou foi a criação de um rol de direitos ali declarados como direitos fundamentais. É, portanto, uma declaração menos dotada da ideia da liberdade do que as realizadas na França e na Virgínia⁴⁰.

Afirma Grimm que o que se pensava é que “se os direitos de liberdade e igualdade passaram a permitir uma autodeterminação individual, o que era a convicção predominante, então os indivíduos dependiam apenas de seu talento e de sua aplicação para alcançarem o bem-estar material.”⁴¹ Embora haja o reconhecimento da dificuldade de conferir condições iguais para todos os sujeitos, ela é nesse primeiro momento um tanto inocente, já que, com a fé gerada pela era pré-industrial, se depositava na educação gratuita e pública para todos os indivíduos o caráter de elixir capaz de tornar iguais todos aqueles que assim desejassem.

Como meio de garantir a liberdade, foi criado também o Tribunal Constitucional Alemão, para que pudesse ser ele acionado por qualquer sujeito que tivesse de algum modo a sua liberdade atingida.

Linha muito similar à da Declaração Universal dos Direitos Humanos é a seguida pela Constituição Federal de 1988. O direito de liberdade se encontra garantido na Constituição Federal de modo expreso no *caput* do artigo 5º. É, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, direito fundamental, integrando o núcleo de direitos subjetivos dos cidadãos, sejam eles brasileiros ou estrangeiros, que jamais podem ser excluídos. A liberdade integra, por assim dizer, o conjunto de direitos essenciais à própria realização do ser humano como tal.

³⁸ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.77.

³⁹ *Ibidem*, p.79.

⁴⁰ *Ibidem*, p.80.

⁴¹ *Ibidem*, p.81.

Importante salientar que a garantia da liberdade enquanto direito fundamental não se esgota no *caput* do art.5º, antes espraia-se em diversos incisos do mesmo capítulo, apontando liberdades específicas. Pode-se assim afirmar que há na Constituição Federal a garantia de um direito geral de liberdade, que é o que se encontra no *caput* do art.5º, bem como de direitos específicos de liberdade, que é o caso dos garantidos nos incisos deste mesmo artigo.

Assim é que se garante a livre manifestação do pensamento (art.5º, IV), vedando apenas o anonimato; a liberdade de consciência, crença e do exercício de cultos religiosos (art.5º, VI); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação (art.5º, IX); protege a liberdade de escolha de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art.5º, XI); a liberdade de locomoção em tempos de paz (art.5º, XV); a liberdade de reunião (art.5º, XVI); a liberdade de associação, incluindo o direito de não se associar, vedada apenas a criação de associações de caráter paramilitar (art.5º, XVII e XX).

Além dessas liberdades específicas, há também garantias constitucionais elencadas dentre os direitos fundamentais que têm caráter procedimental. Assim é que se pode destacar a determinação de que limitação da liberdade se dará apenas em virtude da lei (art.5º, II); sendo necessário o devido processo legal para que se possa privar alguém da sua liberdade (art.5º, LIV), instrumentalizado ainda pelas garantias da liberdade provisória (art.5º, LXVI) e do *habeas corpus* (art.5º, LXVIII); ainda no campo instrumental, traz também o mandado de injunção como remédio constitucional para efetivar liberdades constitucionais que estejam sendo barradas por conta da inexistência de norma regulamentadora para o seu exercício (art.5º, LXXI).

Vê-se, assim, que há já no campo constitucional do ordenamento nacional ampla proteção à liberdade. A amplitude desta proteção fica ainda mais clara quando se analisa os parágrafos 1º e 2º, do art.5º, LXXVIII, que determinam, respectivamente, que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e que os direitos expressamente garantidos na Constituição não excluem a proteção de outros implicitamente garantidos, derivados a partir dos primeiros.

Disso se infere que a partir da tutela geral da liberdade podem ser derivados diversos direitos à liberdade específicos, com igual valor constitucional, independentemente da sua positivação em lei escrita. Qualquer definição de liberdade que se realize, de nenhuma maneira pode concluir pela exclusão de modo definitivo de algum dos direitos à liberdade constitucionalmente garantidos acima listados.

Como dito, a Constituição Federal de 1988 possui tanto um direito geral de liberdade, como também direitos específicos. O tema da existência de um direito geral de liberdade, entretanto, não é pacífico.

Alexy visualiza a existência de um direito geral de liberdade na Constituição alemã⁴². Seu posicionamento se fundamenta na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que entendeu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art.2º, §1º, da Constituição alemã) como sendo um direito à liberdade geral de ação⁴³, em que pese a existência de posicionamentos doutrinários contrários a tal interpretação⁴⁴.

Essa liberdade geral de ação, que seria “a liberdade de se fazer ou deixar de se fazer o que se quer”⁴⁵, implica que cada sujeito tem o direito de agir como quiser, bem como o direito de não sofrer restrições em tal ação por parte do Estado, ressalvadas as circunstâncias de restrição e limitação dessa liberdade também constitucionalmente determinadas⁴⁶, que podem incluir, por exemplo, direitos de terceiros e interesses coletivos⁴⁷.

A proteção do direito geral de liberdade estende-se ainda além da garantia das ações. Protege não apenas as ações dos titulares dos direitos fundamentais, mas também suas situações e posições jurídicas. Garante-se assim não apenas a liberdade para fazer, mas também a liberdade para ser⁴⁸. A liberdade, portanto, envolve não apenas a possibilidade de o indivíduo realizar ou deixar de realizar determinadas condutas, mas também o seu direito à autodeterminação enquanto pessoa.

No que toca ao conteúdo, as críticas indicam que dada a amplitude desse direito, não seria ele realmente uma norma permissiva, mas tão somente uma série de restrições contra a ação do Estado, sendo mais adequado falar não em liberdade de ação, mas sim em liberdade contra intervenções. Volta-se aqui ao ponto de que se toda lei restringe a liberdade de ação, então toda lei poderia ser impugnada como inconstitucional por restringir a liberdade⁴⁹.

Alexy aponta que a liberdade é um direito que possui substância própria, fundamentando seu argumento no fato de que se encontra ele suposto ao sopesamento como todos os outros direitos, como pode ser verificado no julgamento de alguns casos pelo Tribunal

⁴² ALEXY, op. cit., p.341.

⁴³ Ibidem, p.341.

⁴⁴ Ibidem, p.342.

⁴⁵ Ibidem, p.343.

⁴⁶ Ibidem, p.343.

⁴⁷ Ibidem, p.358.

⁴⁸ Ibidem, 344.

⁴⁹ Ibidem, p.346.

Constitucional Federal alemão⁵⁰. Ademais, destaque-se que o que Alexy analisa aqui como direito é a já explicitada liberdade negativa em sentido estrito, que o autor coloca como sinônimo de liberdade jurídica⁵¹. Liberdade essa que é elemento essencial para que se possa falar na existência também jurídica de dignidade da pessoa humana⁵², assim como a dignidade é a base da liberdade negativa⁵³.

Além da crítica de ausência de substância do direito geral de liberdade, outras são também apresentadas e refutadas por Alexy. A primeira delas é a objeção histórica de só haverem garantias pontuais de liberdade e não um direito geral de liberdade⁵⁴. Dito de outra maneira, se alega que historicamente não houve a construção de um direito geral de liberdade, mas sim apenas de direitos pontuais.

Contra tal argumento Alexy apresenta a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que traz no seu art.4º uma definição abstrata de liberdade. Ademais, afirma que, ainda que tal objeção possuísse fundamento, ou seja, que não houvesse sido construído um direito geral de liberdade, não haveria nenhum prejuízo ou impedimento para que a doutrina e jurisprudência criassem essa generalidade a partir dos direitos específicos⁵⁵.

A segunda objeção seria sistemática, quanto a haver um sistema fechado entre o direito geral de liberdade e os direitos específicos de liberdade. Alexy esclarece que

O sistema é fechado na medida em que a liberdade geral de ação protege *prima facie* – e de forma ampla – a liberdade negativa (em sentido estrito). Mas ele é aberto, na medida em que a existência do direito geral de liberdade deixa em aberto a possibilidade de novos direitos definitivos e de novos direitos implícitos⁵⁶.

Não haveria, portanto, um sistema inteiramente fechado, já que, à semelhança do que acontece, por exemplo, com a dignidade da pessoa humana, haveria a possibilidade de integração desse sistema de liberdade por elementos que ajudassem a sua realização.

A terceira dessas críticas, que é de natureza substancial, alega que o direito geral de liberdade se fundamenta num entendimento errôneo da relação entre o indivíduo com o Estado e com a sociedade. Para os que sustentam essa crítica, a existência de um direito geral de liberdade

⁵⁰ Ibidem, p.350.

⁵¹ Ibidem, p.352.

⁵² Ibidem, p.357.

⁵³ Ibidem, p.358.

⁵⁴ Ibidem, p.370.

⁵⁵ Ibidem, p.372.

⁵⁶ Ibidem, p.376-377.

estaria relacionada com a visão do indivíduo isolado e soberano e não com o indivíduo integrado à comunidade, que seria como ele é colocado na Constituição alemã⁵⁷.

Para Alexy tal crítica é equivocada, pois oferece uma visão simplista de liberdade, em que desconsidera o fato de que eventuais restrições a algumas liberdades podem ocorrer, como mecanismo para a própria realização da liberdade. A liberdade se dá regulamentada pelo Estado e na comunidade. A liberdade é, em última análise, também um conceito relacional e sujeito ao sopesamento, de modo que restrições podem ocorrer quando confrontada a liberdade com outros direitos, ou mesmo com a própria liberdade de outros sujeitos. Somente nesse contexto é possível haver um estado global de liberdade⁵⁸.

A última das críticas, que dentre estas quatro é a que Alexy afirma que deva ser levada mais a sério, é aquela segundo a qual, por conta da existência de um direito geral de liberdade, do modo abrangente como é apresentado seu suporte fático, toda e qualquer norma estaria sujeita a praticar uma violação do mesmo, ou, mais precisamente, do art.2º, 1º, da Constituição Federal alemã. Mais do que isso, toda restrição a qualquer direito fundamental acabaria por ser tratada como violando também o citado princípio⁵⁹. O autor, entretanto, não acredita que tal ocorra. O art.2º, 1º, afirma, se presta em verdade apenas para controlar os conteúdos diretamente relacionados com liberdade, seja no seu caráter geral, seja em relação aos direitos de liberdade específicos⁶⁰.

Destaque-se que esta concepção do direito geral de liberdade apresentada por Alexy pode ser classificada como formal-material.

Ela é formal na medida em que pressupõe que a liberdade negativa e a encara como um valor em si mesmo. E ela é material na medida em que determina, nos casos de colisão, o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, levando-se em conta também outros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material⁶¹.

A concepção formal-material do direito geral de liberdade se relaciona diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que “abarca um espectro que se caracteriza pela variação decrescente” no peso deste último⁶².

Já Dworkin se coloca contra a existência de um direito à liberdade em sentido forte, que seria, de certo modo, correspondente à ideia de um direito geral de liberdade. Afirma que a defesa

⁵⁷ Ibidem, p.376.

⁵⁸ Ibidem, p.379.

⁵⁹ DWORKIN, op. cit., p.381.

⁶⁰ Ibidem, p.392.

⁶¹ Ibidem, p.359.

⁶² Ibidem, p.370.

da liberdade é, muitas vezes, utilizada como argumento pelos conservadores⁶³, contra mudanças que, em verdade, a favorecem. Isso acontece porque por vezes a liberdade é vista como em conflito com a igualdade. A primeira seria o direito a ser defendido pelos ricos e bem providos, enquanto que a segunda beneficiaria os destituídos e pobres, de modo que a realização de uma implicaria no enfraquecimento da outra⁶⁴.

Esse, entretanto, é um entendimento errôneo quanto ao que se deve entender como liberdade, sendo caracterizado enquanto liberdade como licença, como já destacado anteriormente. Somente dentro dessa concepção de liberdade como licença é que se pode falar de conflito direto entre promoção da igualdade e da liberdade⁶⁵.

Daí também o já citado antagonismo entre liberdade e a criação de leis. É que como as leis se fazem necessárias para promover a igualdade e, ao mesmo tempo, acabam por restringir a liberdade dos sujeitos, haveria assim um antagonismo entre igualdade e liberdade. Haveria aqui um verdadeiro direito (no sentido forte, de direito subjetivo) à liberdade, oponível ao próprio Estado.

É essa a noção de liberdade do liberalismo clássico, de modo que “para um verdadeiro liberal, qualquer restrição à liberdade é algo que um governo honesto deve lamentar e manter limitada ao mínimo necessário para harmonizar os demais direitos de seus eleitores”⁶⁶.

Ainda nesse sentido, ao se entender a liberdade como um direito (*right*) em sentido forte de uma pessoa, isso implicaria na impossibilidade do governo de privá-la de tal direito, ainda que seja esse o interesse geral. Dworkin, entretanto, não concorda que exista o direito à liberdade nesse sentido forte⁶⁷. O que seria defendido como direito não seria a liberdade em si, mas sim os valores, interesses ou posições que sua eventual restrição afetaria⁶⁸.

O que realmente importaria, sustenta Dworkin, é a vinculação do Estado à concepção liberal de igualdade. Esta concepção implicaria na garantia a todos os sujeitos não apenas de um igual tratamento, ou seja, “à mesma distribuição de bens e oportunidades que qualquer outra pessoa possua ou receba”, mas também ao direito de ser tratado como um igual, ou seja, ao

⁶³ Ibidem, p.410.

⁶⁴ Ibidem, p.410.

⁶⁵ Ibidem, p.412.

⁶⁶ Ibidem, p.412.

⁶⁷ Ibidem, p.414.

⁶⁸ Ibidem, p.417.

“direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre como tais bens e oportunidades serão distribuídos”⁶⁹.

Assim é que o direito a diferentes liberdades nessa teoria seria garantido apenas quando funcionasse como requisito para a garantia da igualdade⁷⁰. Dito de outra forma, isso significa que a garantia da liberdade passa também pela necessidade de cada sujeito ser igualmente respeitado na repartição dos bens e oportunidades.

Por isso é que a liberdade como independência não é indiscriminada, no sentido apontado no tópico anterior, quando se tratou da liberdade como licença. Isso porque ao defendê-la não se está, necessariamente, indo contra a realização de outros valores⁷¹. Por isso, aqui, a simples criação de uma lei prescritiva não implica necessariamente em limitação da liberdade, podendo antes estar atuando para favorecê-la.

É que Mill via a independência como um conceito derivado da igualdade, de modo que “a independência de um indivíduo é ameaçada não simplesmente por um processo político que lhe nega voz igual, mas por decisões políticas que lhe negam igualdade de respeito”⁷². Liberdade e igualdade se apresentam aqui como conceitos intimamente imbricados, de modo que não apenas as leis não são óbice à realização da liberdade, mas consistem num importante elemento para a sua garantia no jogo democrático.

Outro autor que não se pode deixar de abordar ao tratar do tema da liberdade, especialmente quando se realiza a sua aproximação com a igualdade, é John Rawls. É que ambas, liberdade e igualdade, se colocam como os princípios de justiça da sua teoria, que a seguir se reproduz no formato já reformulado após as críticas de Hart:

- (1) Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos.
- (2) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições:
 - (a) elas devem primeiro ser ligadas a funções e posições abertas a todos, em condições de justa (*fair*) igualdade de oportunidades e
 - (b) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade⁷³.

É necessário para Rawls, portanto, que para haver uma sociedade justa sejam garantidas as liberdades básicas, que ele trata não como um direito geral de liberdade, mas sim como

⁶⁹ Ibidem, p.420.

⁷⁰ Ibidem, p.421.

⁷¹ Ibidem, p.405.

⁷² Ibidem, p.405-406.

⁷³ RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.144-145.

liberdades específicas, sem prévia hierarquia entre elas, elencadas como sendo as liberdades de pensamento, de consciência, políticas, de associação, “bem como as liberdades incluídas na noção de liberdade e de integridade da pessoa e, finalmente, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de direito”⁷⁴.

Tais liberdades possuem “um valor absoluto em relação aos argumentos fundados no bem público e nos valores perfeccionistas”⁷⁵, de modo que não poderiam sofrer limitações com base em tais argumentos. A limitação da liberdade básica, em suma, só poderia acontecer para garantir outra ou outras liberdades básicas⁷⁶.

Também vale a pena trazer aqui a análise realizada sobre a liberdade por Amartya Sen que, aliás, trabalha sobre o tema fortemente influenciado pelas ideias de John Rawls acima expostas. Afirma o autor que a liberdade é preciosa por duas razões. Um deles é fornecer às pessoas maior oportunidade para tentarem alcançar seus objetivos, aspecto esse que se liga “à nossa capacidade de realizar as coisas a que damos valor, sem interessar o tipo de processo que servirá de meio para se chegar a essa realização”. Já o outro aspecto é o próprio processo de escolha, que consistiria na garantia de não se estar ingressando numa situação por “constrições que são impostas por outras pessoas”⁷⁷.

Trabalha, portanto, a liberdade em dois aspectos, que são o da oportunidade e o processual. Note-se que o aspecto processual da liberdade influencia diretamente no da oportunidade. É que a existência de constrições externas, sejam elas fisicamente impeditivas (como um sequestro) ou coercitivas de outra maneira (como uma ameaça, ou mesmo uma proibição de ordem legal cujo descumprimento implica numa penalidade), influenciam diretamente naquilo que se encontra dentre as oportunidades realizáveis pelo sujeito. Dito de outra maneira, não há muito sentido em se afirmar a existência da liberdade se não estiver garantido à pessoa o processo, o meio, para a sua realização.

Nessa abordagem inicial, portanto, Amartya Sen, ao tratar da construção da liberdade, tanto preza a dimensão da privacidade, já que destaca a necessidade de as escolhas serem realizadas de modo livre, sem imposição de terceiros, como também aponta a necessidade de se garantir condições, às quais ele se refere como *capacidades*, para que o sujeito possa escolher.

⁷⁴ Ibidem, p.145.

⁷⁵ Ibidem, p.149.

⁷⁶ Ibidem, p.150.

⁷⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 1993, p.315.

Esse conceito de capacidades, aliás, é essencial para se entender o pensamento do autor. Para ele, todas as teorias mais recentes da normatividade da justiça social que foram bem recebidas, se fundamentam na defesa da igualdade de algum tipo. Neste rol ele enquadra Rawls, Dworkin, Meade, Nagel e Scanlon⁷⁸. Até mesmo no utilitarismo há a defesa da igualdade, embora em sentido diferente, já que determina que “se deve conferir ‘o mesmo peso aos interesses de todos os indivíduos’”, ou ainda, se “dar igual peso aos iguais interesses de todas as partes”⁷⁹.

Os confrontos encontráveis entre as teorias da igualdade não estão em torno de “por que a igualdade”, mas sim de “igualdade de quê?”. A igualdade de capacidade, afirma o autor, não é o aspecto central a ser buscado⁸⁰. Capacidade que é no texto tratada como sendo um dos aspectos da liberdade, “relacionado com as oportunidades substantivas”⁸¹.

Afirma o autor que “a capacidade mais não é do que uma perspectiva à luz da qual se poderá avaliar com razoabilidade as vantagens e desvantagens de uma certa pessoa”⁸².

Assim é que, para Amartya Sen, há a necessidade de promover a igualdade nas suas múltiplas dimensões. Não é possível focá-la somente na liberdade, diante da existência de outras exigências. Ademais, mesmo a liberdade e a capacidade possuem sentidos diversos, não realizáveis de um modo unidimensional⁸³. Além disso, a igualdade não é o único valor que deverá ser garantido por uma teoria da justiça, “nem a única matéria para a qual a ideia de capacidade possa ter alguma utilidade”⁸⁴.

Sen aponta que o respeito à liberdade é essencial por conta de ela tocar aspectos que são fundamentais na vida das pessoas⁸⁵. Não concorda com Rawls, entretanto, no que toca à primazia absoluta da liberdade, considerando que um ganho mínimo dessa não justifica um sacrifício de grande monta de outros direitos⁸⁶.

Afirma que “o que aqui é importante notar é que, num arranjo social justo, a liberdade tem um lugar que vai muito para além de meramente se reconhecer a liberdade como uma parte das

⁷⁸ Ibidem, p.391.

⁷⁹ Ibidem, p.392-393.

⁸⁰ Ibidem, p.396.

⁸¹ Ibidem, p.397.

⁸² Ibidem, p.398.

⁸³ Ibidem, p.398-399.

⁸⁴ Ibidem, p.400.

⁸⁵ Ibidem, p.401.

⁸⁶ Ibidem, p.402.

vantagens pessoais, isto é, à maneira em que o são o rendimento e a riqueza”⁸⁷. Não é a liberdade, portanto, apenas mais um recurso, mas sim um direito.

Também Sen concorda que o termo liberdade é utilizado com uma pluralidade de sentidos nas diversas teorias, como já explorado na distinção entre liberdade como oportunidade e liberdade como processo. Muitas das escolhas que são feitas ao longo da vida, portanto, boa parte do exercício da liberdade, não são alvo de controle direto da pessoa, mas sim de controle indireto. Ou seja, em algumas situações as decisões são tomadas em alguma medida por mediação de terceiro, como quando se contrata um advogado para que seja seu representante, enquanto que em outras elas são feitas inteiramente por terceiros que de modo substitutivo decidem no lugar da própria pessoa, como é o caso da decisão tomada pelo médico de uma pessoa que está desacordada, ou do representante do incapaz⁸⁸.

A liberdade eficaz está vinculada ao sujeito poder colocar em prática as escolhas que realiza para sua vida e está muito mais dependente de fatores externos do que internos. A política pública, por exemplo, pode atuar de modo favorável à realização dessa liberdade, ou de modo contrário, sem que tenha aquela sido necessariamente instituída pensando diretamente em garantir ou barrar a liberdade de certo indivíduo⁸⁹.

Aponta também a diferença existente entre os dois termos da língua inglesa *freedom* e *liberty*, que são utilizados, por vezes indistintamente, para se referir à liberdade. A primeira se encaixaria na teoria republicana ou neo-romana, ao passo que a segunda “não aparece apenas definida em termos do que uma pessoa consegue fazer numa determinada esfera de atuação, mas inclui também a exigência de que os demais não possam eliminar essa aptidão da pessoa em causa, mesmo que o quisessem”⁹⁰.

Só há verdadeira tensão entre capacidade e republicanismo

quando se insiste em procurar um entendimento unidirecional da liberdade, não obstante o facto de que a ideia de liberdade tem irreduzivelmente múltiplos elementos. A visão republicana da liberdade, é o que me parece, *adiciona* algo à perspectiva baseada na capacidade, ao invés de vir demolir a relevância desta perspectiva enquanto modo de abordar a liberdade⁹¹.

⁸⁷ Ibidem, p.403.

⁸⁸ Ibidem, p.405.

⁸⁹ Ibidem, p.405-407.

⁹⁰ Ibidem, p.408.

⁹¹ Ibidem, p.412.

A liberdade, afirma Amrtya Sen, pode ser encontrada a partir de diversas perspectivas, como a capacidade, a ausência de dependência e a ausência de interferência, que se apresentam como aspectos complementares e não conflitantes⁹².

Concluindo as ideias do autor, se poderia destacar que, “o que resulta de toda esta discussão é que, seja a igualdade seja a liberdade, têm ambas de ser vistas como exibindo várias dimensões que recobrem o seu larguíssimo conteúdo”⁹³. Ou seja, volta-se assim ao ponto abordado ao longo desse texto, que aponta como a liberdade, mesmo se entendida apenas enquanto um direito, é um fenômeno complexo e que se desenvolve em mais de uma dimensão.

Diante da revisão bibliográfica realizada sobre a liberdade é possível chegar a algumas conclusões que são úteis no entendimento da autonomia dentro da perspectiva do Direito Privado. O primeiro ponto é que a autonomia, assim como a liberdade, possui uma plêiade de sentidos e fundamentos consideravelmente vasta, muitas vezes dependente do ponto de vista ideológico que se adote. Ao tratar de qualquer delas, portanto, se faz necessária a densificação do sentido, para que não se transforme em mero discurso vazio e panfletário.

Um segundo ponto é que a autonomia deve ser vista como um direito. Isso de modo algum implica que seja ela absoluta, mas sim que possui um valor dentro do ordenamento e que, para que possa tal direito ser restringido é necessário que haja outro direito que, circunstancialmente, se coloque como mais importante ou valoroso. A autonomia, portanto, não é simplesmente algo solto no ordenamento, mas sim um direito de todos os sujeitos.

Em terceiro lugar, fica claro que a garantia da autonomia, assim como da liberdade, depende não apenas da não interferência indevida, mas também do oferecimento de condições para a sua realização. Nessa perspectiva a garantia da autonomia passa também por criar condições para que os que de alguma forma possam ter vulnerabilidade no uso desse direito o possam exercer. Se por um lado é importante a ausência de interferência indevida, por outro é igualmente importante a atuação para criar mecanismos que venham a favorecer o fortalecimento do direito à autonomia do sujeito.

Sem tirar da mente tais considerações, passa-se à análise da autonomia propriamente dita, como habitualmente tratada no Direito Privado.

⁹² Ibidem, p.413.

⁹³ Ibidem, p.422.

2.3 DEFININDO A AUTONOMIA: AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA EXISTENCIAL.

A autonomia é termo dotado de sentidos dos mais diversos dentro do Direito Civil. Em que pese não haver dúvidas quanto ao seu papel fundamental para este ramo do direito, ou talvez justamente por conta dessa importância, é termo polissêmico. O primeiro ponto a se abordar, neste momento, será a distinção entre duas espécies de autonomia, aqui denominadas *autonomia privada* e *autonomia existencial*⁹⁴. A primeira é certamente tema mais debatido na doutrina, ao passo que a segunda, embora também já encontrada na doutrina, se propõe neste texto com o intuito de preencher espaço diferenciado que muitas vezes termina se perdendo dentro do contexto diverso de que trata a autonomia privada.

Mesmo se considerando o uso de uma dessas expressões com exclusão da outra, ainda assim os sentidos a ela dados não são uniformes. Luigi Ferri destaca que a *autonomia privada* encontra-se por vezes relacionada como sinônimo de autonomia da vontade, noutros momentos vista como o poder do indivíduo em criar normas para si, ou ainda confundida com a própria iniciativa privada⁹⁵.

Não há consenso quanto ao conteúdo da autonomia privada. Embora, indiscutivelmente, trate do valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito⁹⁶, é por alguns identificada com a liberdade humana ou um aspecto desta, enquanto outros a enxergam como verdadeiro poder de criar normas jurídicas⁹⁷.

Talvez tamanha polissemia se deva ao fato de que tenha a autonomia privada sofrido transformações de ordem histórica até alcançar sua atual configuração⁹⁸. Transformações estas que, no dizer de Ana Prata, estiveram diretamente vinculadas à questão do modo de produção, adequando-se a noção de autonomia de acordo com as necessidades do sistema vigente⁹⁹. O conceito que se tem atualmente de autonomia privada, portanto, estaria

⁹⁴ REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. In: *Revista de direito privado*, ano 15, vol.60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.86-90.

⁹⁵ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Albolote: Comares, 2001, p.6.

⁹⁶ NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (coord). *Contrato & sociedade*: vol. II. 2 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011, p.23.

⁹⁷ FERRI, op. cit., p.36.

⁹⁸ NALIN, op. cit., p.26.

⁹⁹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p.8.

diretamente ligado às condições históricas do capitalismo, mais precisamente do liberalismo econômico¹⁰⁰.

Justamente por esta razão é que a citada autora resolve realizar recorte para conceituar a autonomia na sua dimensão mais restritiva. Assim, não identifica autonomia privada com liberdade em sentido amplo, mas somente com um de seus aspectos, qual seja a liberdade negocial¹⁰¹, podendo ser tomada como o “poder de criar normas negociais”¹⁰².

Acredita a autora que tal concepção acaba por vincular a autonomia privada a um dos seus efeitos, que é a produção de negócios jurídicos, donde passa a se distanciar da ideia da liberdade do sujeito¹⁰³. Chega mesmo a afirmar que autonomia privada e liberdade poderiam ser considerados conceitos antinômicos, já que “na medida em que não exista uma real igualdade económica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de ‘liberdades’ qualitativamente muito diversas”¹⁰⁴.

A despeito da fundamentação colocada por Ana Prata, não se acredita aqui, como já se deixou claro no tópico anterior, que liberdade e autonomia privada possuam papéis assim tão diversos, a ponto de poderem ser consideradas antinômicas. Primeiro porque a autonomia privada, ao menos no campo teórico, se situa como princípio derivado da liberdade em sentido amplo, guardando a ideia de liberdade econômica do sujeito.

Em segundo lugar porque, embora o uso concreto da autonomia privada se dê como reflexo e ferramenta do sistema econômico vigente, acaba ela sendo elemento essencial para o próprio agir do sujeito dentro do mesmo sistema. Dito de outra forma, haverá séria dificuldade para o sujeito se realizar de modo pleno no sistema capitalista se for tolhido do uso da sua autonomia privada.

Pegue-se, por exemplo único e suficiente por todos por conta da sua abrangência, a questão do contrato. A realização de um contrato, dentro do sistema capitalista¹⁰⁵ e levando em conta a sua classificação enquanto negócio jurídico, parte e depende da autonomia privada do sujeito.

¹⁰⁰ Ibidem, p.10.

¹⁰¹ Ibidem, p.11.

¹⁰² Ibidem, p.16.

¹⁰³ Ibidem, p.23.

¹⁰⁴ Ibidem, p.77.

¹⁰⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.272-278. No antigo direito da União Soviética, sob a égide do comunismo, por exemplo, alguns contratos ganham contornos completamente distintos, devendo atender aos interesses da planificação da economia, com nenhuma ou pouca influência da autonomia dos contratantes.

A resistência que a autora apresenta em aproximar liberdade e autonomia, em verdade, parece se coadunar com a visão já anteriormente apresentada de Alexy quanto ao conceito de liberdade negativa em sentido amplo, que para se realizar dependeria de não haver limitações ao exercício das alternativas de ação do sujeito por conta de situação de privação econômica. A dificuldade para a ocorrência de tais condições ideais, entretanto, não se apresenta como fundamento para dissociar liberdade e autonomia.

Apesar da discordância acima apresentada, a ressalva feita pela autora se mostra útil ao anunciar que há espaços relacionados com a liberdade, mas que não se encaixam na definição de autonomia privada. Isso porque ela é comumente relacionada com a liberdade do sujeito no âmbito negocial, dentro dos limites legais.

A definição do que é autonomia privada termina passando necessariamente pela análise do que seria autonomia da vontade, por conta da forte relação entre ambos na abordagem doutrinária. A maior parte dos autores, ressalte-se, costuma apresentar a autonomia privada como sendo uma espécie de evolução da autonomia da vontade.

Assim é que Roxana Borges, ao tratar do tema apresenta distinção entre autonomia jurídica individual, autonomia privada e autonomia da vontade. A primeira guardaria identidade com a ideia de liberdade, de faculdade de ações lícitas, sendo, portanto, categoria mais abrangente. Já a autonomia privada se identificaria com a ideia de liberdade negocial, de realizar negócios jurídicos¹⁰⁶.

Cuida, entretanto, de destacar que a autonomia privada não se restringe aos negócios jurídicos patrimoniais, nem “à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, desuso de uso da imagem, da voz”¹⁰⁷.

No que toca à autonomia da vontade aponta a autora que é uma teoria que foi superada e deu lugar à da autonomia privada. Afirma que na autonomia da vontade havia a crença do uso da vontade de forma absoluta e irrestrita, onipotente, podendo a liberdade negocial ser exercida de forma ilimitada. Tal paradigma teria sido superado com a ideia da autonomia privada, pela qual o negócio jurídico “nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou

¹⁰⁶ BORGES, op. cit., p.47.

¹⁰⁷ Ibidem, p.50.

comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige¹⁰⁸.

Conclui Roxana Borges ainda afirmando que enquanto a autonomia da vontade estaria mais ligada à ideia do Estado Liberal, a autonomia privada seria mais característica dos Estados Sociais, modelo que ganhou seu maior influxo no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988¹⁰⁹.

Na mesma linha de raciocínio se coloca Daniel Eduardo Carnacchioni, ao afirmar que no Estado Liberal prevalecia a ideia de autonomia da vontade, com plena liberdade para que os particulares realizassem negócios jurídicos, sem que houvesse a preocupação com a exploração dos mais fracos pelos burgueses protegidos pela ideologia da igualdade formal¹¹⁰.

Também para o autor tal quadro se teria modificado somente com o advento do Estado Social, que trazendo consigo o aumento de normas de ordem pública nas relações privadas limitou a autonomia da vontade, passando a primazia dela para a busca por justiça social¹¹¹.

Fernanda Cantali utiliza apenas o termo autonomia privada, referindo-se a ela num período clássico e outro atual. No primeiro, seu uso se daria de modo desregrado, de modo similar ao referido pelos autores acima citados como autonomia da vontade. No momento atual, ao contrário, a autonomia privada não mais possuiria esse caráter absoluto, vez que se restringiu o seu poder face à proteção de outros princípios, como a dignidade da pessoa humana¹¹².

Esta superação da autonomia da vontade pela autonomia privada também é apontada por Gustavo Tepedino. Para o autor as alterações se dão tanto no aspecto subjetivo, como no objetivo e formal. No aspecto subjetivo a modificação se daria por se passar do sujeito abstrato para se buscar a pessoa considerada em concreto. Não é mais a autonomia do cidadão genérico, mas sim a de cada indivíduo, considerado em suas singularidades e vulnerabilidades que deve ser realizada¹¹³.

Já no aspecto objetivo destaca o deslocamento da sobreposição dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, o que aconteceria sobretudo por conta do surgimento e

¹⁰⁸ Ibidem, p.53.

¹⁰⁹ Ibidem, p.54.

¹¹⁰ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.8-9.

¹¹¹ Ibidem, p.13.

¹¹² CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.204.

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 4/5, n. 4/5, p. 167-175, 2003-2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25727>>, p.171.

desenvolvimento de novas tecnologias, como a engenharia genética, por exemplo, o que traz questões antes não suscitadas no campo da autonomia¹¹⁴.

Por fim, no aspecto formal, afirma o autor,

a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais inter vivos e causa mortis, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade¹¹⁵.

Esta proximidade entre autonomia privada e autonomia da vontade, entretanto, não é unânime na doutrina. Assim é que, no dizer de Ferri, quem busca tratar da autonomia da vontade em verdade está tratando da vontade real ou psicológica dos sujeitos como raiz ou causa dos efeitos jurídicos. Seria, para o autor, uma discussão sobre como se relaciona a vontade e a sua declaração, tratando, portanto, de discussão totalmente diferente daquela que diz respeito à autonomia privada que envolveria o poder de criar normas jurídicas individuais¹¹⁶.

A distinção proposta por Ferri tem mais sentido do ponto de vista classificatório, já que dá nomes diferentes para problemas diferentes. Não parece haver muito sentido em se trabalhar com dois termos para se referir a princípios que em essência teriam o mesmo conteúdo, diferenciados apenas pelo grau de limitação. Apesar disso, não há grande problema na dissonância entre ambas concepções quanto ao que seria autonomia da vontade já que, quanto à autonomia privada, que é o que importa no momento, há concordância.

Independentemente do posicionamento quanto à relação entre autonomia da vontade e autonomia privada, pelas breves linhas acima propostas sobre estas, se nota como são termos em que se pensa o autorregramento da vontade comumente vinculado a questões negociais¹¹⁷.

A despeito disso, acredita-se aqui que outro sentido se pode dar à palavra autonomia retirando-a do contexto meramente patrimonialista, e transportando-a até a esfera identificada com as liberdades pessoais do sujeito. É nesse sentido que se fala aqui de *autonomia existencial*.

A autonomia existencial, portanto, se identifica com a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna. É nesse ponto que se encontram questões delicadas como

¹¹⁴ Ibidem, p.172.

¹¹⁵ Ibidem, p.172.

¹¹⁶ FERRI, op. cit., p.5.

¹¹⁷ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado: parte especial, tomo XXIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.5-6.

o uso ativo dos direitos da personalidade¹¹⁸ e as discussões sobre o direito à morte digna¹¹⁹, eutanásia, aborto, pena de morte, manipulação de embriões¹²⁰, direitos pessoais de família, sexualidade e identidade de gênero.

Ingo Wolfgang Sarlet, citando decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, aponta a relação necessária por este afirmada entre dignidade e “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”¹²¹.

A dignidade, mais do que fundamento para indisponibilidade, funciona como garantia da liberdade de disposição¹²². A autonomia, portanto, para além da esfera negocial, pode ser entendida também como o espaço de liberdade para a própria realização da pessoa em sua vida digna, numa perspectiva concreta.

A autonomia existencial, embora aqui entendida como um conceito pertencente ao Direito, se aproxima em seu objeto do princípio da autonomia na Bioética¹²³, como apresentado por Beauchamp e Childress na sua teoria do princípalismo. Este se vincula com a ideia de fornecer ao indivíduo o conhecimento e a liberdade necessários para tomar uma decisão de modo consciente e independente¹²⁴. Sua aplicabilidade, entretanto, é mais restrita à área médica, vinculando-se a questões como consentimento informado, decisão substituta e testamento vital. Não que esses aspectos não se enquadrem no rol de decisões relacionadas

¹¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.108.

¹¹⁹ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹²⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista trimestral de direito civil*. Ano 2, vol. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002, p.7.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.22.

¹²² CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.260.

¹²³ AGUIAR, Mônica. Respeito à autonomia: do direito civil à bioética. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.399-402. Esclarece a autora que a autonomia, na Bioética, pode ser encarada a partir de três modelos: no da pura autonomia, ‘ainda quando não esteja o agente no momento da decisão no exercício de sua capacidade plena, atender-se-á ao quanto tiver ele decidido em momento anterior quando se achava no gozo dessa capacidade’; no dos melhores interesses, ‘é decidido por outrem o que mais se adequaria aos interesses em disputa, ainda quando não seja o paciente capaz’; e, por fim, o do julgamento substituto, em que o julgamento é feito por alguém, normalmente um familiar, que decidirá no lugar do paciente que se encontre incapaz de fazê-lo. Coaduna-se mais com a proposta do presente trabalho o modelo da pura autonomia.

¹²⁴ BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. *Princípios de ética médica*. São Paulo: Loyola, 2002, p.138.

com a autonomia pessoal, mas esta tem sua aplicabilidade para além dos problemas relacionados a questões médicas, como já salientado.

Em que pese se acreditar possível e de interesse prático a cisão da ideia de autonomia nestes dois conceitos diferentes, de modo algum isso significa que a promoção de uma das facetas esteja necessariamente desvinculada da outra.

Por um lado isso pode ser percebido porque o próprio o uso da autonomia privada, ou seja, o uso da liberdade na esfera negocial-patrimonial, constitui montante significativo do que caracteriza a existência da liberdade que possui o indivíduo nesta atual sociedade de consumo. Ou seja, a possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade e da sua autonomia pessoal. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a *autonomia existencial*, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado¹²⁵, que inclui, no dizer de Paulo Lôbo, o respeito às diferenças¹²⁶, ponto de grande relevância para esta tese.

Pense-se, a título de exemplo, no caso do sujeito que, por qualquer causa de incapacidade, se encontra tolhido do uso da sua autonomia privada e, portanto, impossibilitado de contratar validamente. Este sujeito, claramente, estará eivado de realizar de modo independente boa parte das escolhas da sua vida. Dependerá para tal de outro sujeito ao qual se concedeu o direito-dever de zelar pela sua integridade. Incapacitado de contratar está, por consequência lógica, incapacitado de exercer boa parte da sua liberdade na atual sociedade.

A distinção apresentada também não significa que certos grupos de bens estarão sempre relacionados com um dos tipos de autonomia supracitados. Assim, por exemplo, é possível a realização de um negócio jurídico que envolva direitos da personalidade, em que se encontrará tanto a autonomia existencial, como também a autonomia privada. A primeira, identificada com o direito de dispor sobre sua personalidade a fim de se realizar enquanto pessoa, e a segunda com o direcionamento dessa liberdade para a consecução de um negócio jurídico que tenha manifestação de direito da personalidade como seu objeto.

¹²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.48-49.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em 26 nov. 2013, p.12.

A partir da enumeração de atos de disposição sobre os direitos da personalidade realizada por Roxana Borges¹²⁷ é possível fornecer numerosos exemplos pontuais para distinguir situações em que há apenas uso da autonomia existencial daquelas em que há simultaneamente uso da autonomia existencial e da autonomia privada.

No rol de situações envolvendo unicamente a autonomia existencial se poderia apontar a mudança de nome, a cirurgia de mudança de sexo, a doação de órgãos, a realização de tatuagens, bodypiercing e demais modificações corporais, logicamente considerando que todas elas tenham sido realizadas desvinculadas de qualquer conteúdo negocial¹²⁸.

Já no conjunto das situações que envolveriam uso da autonomia existencial e da autonomia privada, também partindo das elencadas pela autora, se poderia apontar a participação em campeonatos remunerados de artes marciais permitindo a lesão do seu corpo por terceiros, a cessão do uso da imagem para propaganda, ou ainda a permissão da exploração da sua privacidade, mediante remuneração direta ou indireta, por programas de televisão ou revistas como aquelas destinadas a devassar a vida das assim chamadas celebridades.

Apresentada a distinção entre autonomia privada e autonomia existencial, busca-se a seguir analisar as limitações impostas à autonomia. Como se poderá perceber, não há uso da presente distinção quando a lei impõe as ditas limitações. Assim, se proporá não apenas classificação dos diversos modos de limitação, mas também se analisará se a ausência da distinção entre autonomia privada e autonomia existencial não traz efeitos danosos para a garantia sobretudo para a segunda categoria.

2.4 LIMITAÇÕES À AUTONOMIA

Seja qual for a perspectiva em que se considere a autonomia, fato é que como todo e qualquer direito, encontra ela suas limitações. Como já apontou Ferri, “el estudio de la autonomía es ante todo un problema de límites”¹²⁹. A análise da limitação da autonomia pode se dar tanto buscando os seus fatores, como buscando os seus fundamentos.

¹²⁷ BORGES, Roxana, op. cit., *passim*.

¹²⁸ Até porque algumas dessas, quiçá todas, não poderiam ser objeto de negócio jurídico.

¹²⁹ FERRI, op. cit., p.5.

Afinal, por mais que a autonomia se constitua como importante meio de realização da personalidade do sujeito, é natural que o direito, enquanto processo social de adaptação, a regulamente vedando alguns comportamentos¹³⁰.

Ao se falar sobre *fatores*, se está referindo aos fatos, direitos ou valores que são colocados em confronto com a autonomia limitando-a. São, por assim dizer, os referidos por Roxana Borges como fronteiras da autonomia privada¹³¹: lei, ordem pública, moral e bons costumes¹³².

Quando se fala de *fundamentos*, se está referindo aos argumentos que são colocados como justificativa para a realização da limitação. Partindo de tal ponto pode-se afirmar que a limitação da autonomia se dá através de três grandes grupos. Assim é que se apresenta original classificação que determina que pode ela ser distinguida entre *limitação objetiva*, *limitação subjetiva* e *limitação relacional*¹³³.

2.4.1 Fatores de limitação da autonomia

Como já dito acima, ao se falar sobre fatores de limitação da autonomia, a análise se dará sobre fatos, direitos ou valores que são colocados em confronto com a autonomia limitando-a. Escolheu-se para o presente trabalho dividir estes fatores em três grandes grupos: a lei, a ordem pública, e a moral e bons costumes.

Saliente-se, entretanto, que isto não significa que não possam existir outros critérios para classificar os fatores de limitação da autonomia, mas tão somente que, dentro da perspectiva da realidade legal brasileira, são estes os fatores mais comumente enunciados com tal objetivo.

2.4.1.1 Lei e ordem pública

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado: parte especial, tomo XXIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.6.

¹³¹ Em que pese aqui se tecer análise da limitação da autonomia em perspectiva mais abrangente do que unicamente a da autonomia privada, como já suscitado diversas vezes ao longo deste trabalho.

¹³² BORGES, op. cit., p.55.

¹³³ REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. In: *Revista de direito privado*, ano 15, vol.60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.90-95.

A lei, tomada aqui num sentido mais amplo, é responsável não apenas pela concessão dos direitos, mas também pela definição dos seus limites e restrições. Assim, se por um lado concede aos sujeitos a possibilidade de regulamentar suas vidas, seja na esfera patrimonial ou na esfera pessoal, por outro também traça limites a essa liberdade.

No que toca à limitação da liberdade pela lei, Michael Sandel, realizando análise em que parte de Locke, afirma que sair do estado da natureza não implica abrir mão dos direitos naturais, nos quais aponta o autor se inclui a liberdade (e por conseguinte a autonomia), mas tão somente da pretensão de fazer valer os seus direitos a partir da sua própria força. Abre-se mão desse poder para que, através de um consenso da maioria, se crie um Estado dotado do poder de legislar¹³⁴.

Entretanto, os direitos fundamentais, identificáveis aqui com os direitos naturais, são inalienáveis, mesmo pela vontade da maioria. Qual o limite do poder da maioria, do poder do governo criado pelo consentimento? Os limites seriam o dever da maioria de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos¹³⁵.

Embora se referindo à propriedade, mas numa fala que pode ser atribuída também à liberdade, já que do que trata nela é dos direitos naturais apresentados por Locke (vida, propriedade e liberdade), afirma que tal direito é em parte natural, mas também em parte fruto do consentimento¹³⁶.

Assim, fazendo uma interpretação por analogia da fala de Sandel, é que uma violação arbitrária à liberdade seria ilegítima, por ser uma violação da lei da natureza. Mas, por outro lado, a definição *do que é liberdade*, é algo que é deixado ao cargo do Estado, como fruto do consenso. Então, se por um lado há um direito natural e inalienável à liberdade, por outro, a definição da configuração desse direito é algo que depende de convenções realizadas no ordenamento. A configuração do direito à liberdade, portanto, parte tanto de uma noção natural do que ele seja, como também da sua conformação no ordenamento. De toda sorte, qualquer limitação à liberdade só pode se dar nos limites desse ordenamento, sob pena de ser arbitrária e, portanto, ilegítima.

¹³⁴ SANDEL, Michael. *Justice: obediência*. Disponível em: <<http://univesptv.cmais.com.br/justice/home/obediência>>. Acesso em 24 jan. 2014.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

A ideia de ordem pública como fator de limitação da autonomia, por sua vez, se apresenta em regra como a ideia da primazia do interesse social sobre o individual¹³⁷. Aproxima-se assim próximo a noções como aquela apreendida na função social.

Assim, por exemplo, não poderia ofender direitos transindividuais, seja difusos ou coletivos¹³⁸. Não há, entretanto, uma prevalência abstrata de, por exemplo, interesse público sobre a autonomia¹³⁹.

Caberia, portanto, limitação da autonomia em função da ordem pública quando, através de uma análise principiológica, se constatasse que o ato autônomo individual, ainda que proveitoso ao sujeito, acabasse por trazer prejuízo social proporcionalmente injustificado.

2.4.1.2 Moral e bons costumes

Não raras vezes há determinação de limitação da autonomia de ação dos sujeitos, sob o argumento de que certa conduta é contrária à moral, aos bons costumes, ao interesse moral da sociedade. No dizer de Carlos Byington, a moral teria “a finalidade de regulamentar o comportamento social”¹⁴⁰.

A construção do substrato da contrariedade à moral e, notadamente, aos bons costumes, encontra suas raízes em questões relacionadas com aspectos da sexualidade, o que parece de alguma forma se relacionar com a abordagem do direito penal quanto aos crimes contra os costumes¹⁴¹. Não à toa, portanto, é que o argumento desenvolvido por Dworkin quanto ao tema, parte do debate referente à liberdade no campo sexual baseado nas afirmações do Lorde Delvin contra a homossexualidade¹⁴².

Dworkin analisa critérios de sua limitação que partem de dois fundamentos diferentes: “o direito da sociedade de proteger sua própria existência” e o “direito da maioria de seguir suas próprias convicções morais ao defender seu ambiente social de transformações que não

¹³⁷ BORGES, Roxana, op. cit., p.61-62.

¹³⁸ BASTOS, Antonio Adonias A. A abrangência da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014, p.114.

¹³⁹ *Ibidem*, p.119.

¹⁴⁰ BYINGTON, Carlos. A Moral, a Lei, a Ética e a Religiosidade na Filosofia, no Direito e na Psicologia: um estudo da psicologia simbólica junguiana. Disponível em: < <http://www.carlosbyington.com.br/>>. Acesso em 19 jan. 2015, p.1.

¹⁴¹ MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.155. BYINGTON, op. cit., p.2, de modo mais genérico vincula no Direito o conceito de moral ao de crime.

¹⁴² DWORKIN, op. cit., p.375.

aceita”¹⁴³. Em que pese se tratar de discussão sobre a limitação da liberdade num campo específico, os argumentos ali analisados podem ser discutidos também em termos mais genéricos.

O primeiro dos argumentos parte do pressuposto de que numa sociedade existem alguns padrões morais que são essenciais para sua existência e que, por isso mesmo, são possíveis de serem impostos aos outros sujeitos¹⁴⁴. Existindo tal direito da sociedade, lhe seria possível, portanto, utilizar da força das instituições para fazê-lo ser cumprido, inclusive através da proibição de comportamentos individuais que fujam desse padrão moral, ameaçando a existência da sociedade. Tal uso, entretanto, deveria ser comedido, aplicável somente quando não houver dúvida que aquela prática individual da liberdade é imoral e coloca a sociedade em risco¹⁴⁵.

Concorda-se com Dworkin quando afirma que o argumento é falacioso, pois, nos termos colocados por Lorde Delvin, a verificação da necessidade de limitação da liberdade passaria por nada além do clamor popular, sendo a pretensa limitação do uso de tal recurso pela sociedade somente nos casos em que não houver dúvida quanto à imoralidade da prática que coloca a própria sociedade em risco, em verdade, a própria manutenção da intolerância¹⁴⁶.

Nada poderia ser mais errado do que o argumento apresentado, já que em tais casos é que se faz ainda mais necessária a proteção constitucional da liberdade, o seu caráter de direito fundamental. São justamente as minorias, aqueles que se situam em posição que não necessariamente se coaduna com o clamor social, ou que de algum modo se encontram enfraquecidas no corpo social, que mais dependem da proteção constitucional para a garantia das suas liberdades.

A isso se some o pequeno potencial lesivo de comportamentos individuais, ainda que praticados por vários sujeitos, para a estrutura da sociedade como um todo¹⁴⁷, e fica claro como não há lógica na limitação da liberdade individual sobre o fundamento da propriedade proteger sua própria existência. Não há como o clamor social de um hipotético risco para a existência da sociedade ser argumento suficiente para limitar a liberdade individual.

O segundo argumento colocado por Lorde Delvin é que seria possível limitar a liberdade individual por conta da maioria, baseada nas suas convicções morais, de defender o seu

¹⁴³ Ibidem, p.375.

¹⁴⁴ Ibidem, p.375-376.

¹⁴⁵ Ibidem, p.376.

¹⁴⁶ Ibidem, p.379.

¹⁴⁷ Ibidem, p.377.

ambiente contra mudanças que não aceita, ou, dito de outra forma, que “a sociedade tem o direito de seguir suas próprias luzes”.

Esse argumento, transposto para linhas gerais, funcionaria com base na construção que ora se apresenta. Primeiro, haveria o risco de que as condutas individuais dos sujeitos, baseadas na sua liberdade, porém contrárias às convicções morais da maioria, tivessem impactos para além desses sujeitos, mudando não apenas suas vidas, mas também a daqueles que não pretendem, ou, melhor dito, desaprovam tais mudanças¹⁴⁸.

Isso, por si só, não seria suficiente para justificar a limitação, já que as mudanças sociais ocorrem; apegamos aqui ao fundamento da imoralidade da conduta, embora se ressalte que a imoralidade não é elemento essencial para que possa haver proibição legal de determinada conduta. Assim, a decisão quanto a se a imoralidade da conduta é suficiente para a sua proibição passaria pela análise do consenso da maioria¹⁴⁹.

Dworkin discorda de tal argumento por considerar inválida a ideia de que a sociedade tem direito de proteger suas instituições contra condutas desaprovadas pela maioria com base em princípios morais¹⁵⁰, quando estes são tratados, por exemplo, como sinônimo de sentimentos, tendo-se então o que Dworkin chama de posição moral no sentido antropológico¹⁵¹.

O que acontece é que os assim alegados princípios morais da maioria não se caracterizam como razões morais. É que para que se possa falar numa razão moral é necessário apresentar razões que a justifiquem, o que implica que não sejam fundadas em preconceito, razões emocionais, falsas proposições de fato ou meras repetições de opiniões alheias¹⁵². A simples existência de consenso quanto à reprobabilidade de uma conduta não é, em si, um argumento moral.

Bruno Miragem, analisando o tema como fator de limitação na situação do abuso de direito, conclui que bons costumes devem ser interpretados

não mais como restritos a uma moralidade sexual, de índole individual, mas em um sentido geral de adequação e efetividade dos direitos fundamentais e sua proteção nas relações entre particulares (*critério axiológico*), assim como expressão das condutas desejáveis pela maioria social (*critério sociológico*), quando não contraditórias com os direitos fundamentais e a proteção das minorias¹⁵³.

¹⁴⁸ Ibidem, p.381.

¹⁴⁹ Ibidem, p.382.

¹⁵⁰ Ibidem, p.383.

¹⁵¹ Ibidem, p.391.

¹⁵² Ibidem, p.385-387.

¹⁵³ MIRAGEM, op. cit., p.162.

Acredita-se que o entendimento do autor sobre bons costumes é, de certo modo, contraditório. Ao tentar atender tanto ao clamor popular, através do chamado critério sociológico, como a um valor superior de adequação e efetividade dos direitos fundamentais e proteção das minorias, o que refere como sendo critério axiológico, acaba por defender pontos que podem ser conflitantes.

O próprio autor parece reconhecer isso, já que diz que o critério sociológico será aplicável somente quando não for contraditório com os direitos fundamentais e proteção das minorias. Considerar as condutas desejáveis pela maioria como sendo critério para determinação dos bons costumes é, como já apontado, ceder a uma posição moral no sentido antropológico, algo que, em última análise, não é propriamente uma posição moral.

Não é, portanto, possível acontecer a limitação da autonomia com base em mero consenso da maioria, já que esse consenso pode ter sido formado com base em critérios que não fazem parte da regra do jogo das posições morais, como o preconceito, por exemplo. Por conta disso, o uso dos bons costumes como limitador da autonomia é inviável, ao menos no contexto que ele é normalmente utilizado.

Caso se queira dar funcionalidade aos pontos da lei em que os bons costumes limitam a autonomia, outros caminhos devem ser percorridos. Uma possibilidade é entender bons costumes como um dever geral de bom convívio, de não lesar o próximo, muito similar, portanto, à ideia genérica da boa-fé, bem como ao *neminem laedere*.

Sempre haverá espaço para a moral dentro da lei, o que é inegável pelo influxo do reconhecimento dos princípios enquanto normas jurídicas. O que não pode haver é limitação da autonomia de um sujeito, por conta de preconceitos e opções de terceiros disfarçados sob a égide da moral.

2.4.2 Fundamentos da limitação da autonomia

A apresentação dessa classificação tem dupla finalidade. Por um lado tem objetivo didático, de trazer à vista que a limitação da autonomia pode se dar por diversos caminhos. Por outro, expõe a argumentação normalmente colocada como fundamento de cada diferente modo de limitação da autonomia, permitindo que, assim, possam tais fundamentos ser discutidos e avaliados.

Importante salientar desde já que as consequências apontadas pelo ordenamento para condutas que não obedecem às limitações são normalmente pautadas dentro da lógica do negócio jurídico, envolvendo sanções no plano da validade ou da eficácia. Informe-se também que, em que pese a tese tenha seu foco maior na autonomia existencial, muitos dos exemplos trabalhados neste tópico referir-se-ão a questões patrimoniais, justamente como modo de destacar tal tendência presente no CC-2002. São realizados tais esclarecimentos desde já, pois ajudam a ressaltar a lógica que orientou a formação das limitações à autonomia e que se mostra deslocada em alguns casos.

Por fim, saliente-se que salvo disposição em contrário ao se fazer uso da palavra *autonomia*, desacompanhada de qualquer adjetivação, estará se referindo a ela de modo amplo, envolvendo tanto a autonomia privada como a autonomia existencial.

2.4.2.1 Limitação objetiva

Na limitação objetiva o que ocorre é o impedimento da prática de certas condutas, ou do modo de realizá-las, pelos sujeitos, independentemente de condições pessoais destes. A limitação acontece por conta de repúdio do ordenamento a certas práticas. Nesses casos, o que se quer é tão somente impedir que determinadas condutas sejam recepcionadas pelo ordenamento, porque consideradas prejudiciais, pelos mais diversos motivos. O que se repudia é o conteúdo ou o modo de realização, impedindo que a conduta seja realizada por qualquer sujeito, independentemente de considerações específicas quanto ao status do mesmo.

Uma boa gama de exemplos de limitação objetiva é fornecida pelas exigências de forma existentes no Código Civil de 2002 (CC-2002). Pense-se, exemplificativamente, na norma prevista no art.108, CC-2002, que determina a exigência de escritura pública, sob pena de nulidade, quando da celebração de negócios jurídicos “que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. Ao se determinar que certos negócios jurídicos devem ser celebrados por escritura pública, sob pena de nulidade, limita-se, a autonomia dos celebrantes de realizá-lo por outra forma. Tem-se, nestes casos, uma limitação objetiva, que tem por fito preservar a segurança das relações de compra e venda de imóveis e não a proteção específica de um sujeito em virtude de condições pessoais suas.

As hipóteses de limitação objetiva, entretanto, não se limitam a questões de forma. Apresentam-se também por conta de determinados conteúdos, como quando não se permite que haja contrato que verse sobre herança de pessoa viva (CC-2002, art.426), ou ainda quando se veda a realização de negócio com objeto ilícito (CC-2002, art.104, II). Em ambos os casos o que acontece é uma não permissão para que os sujeitos encetem determinado negócio jurídico por conta de o ordenamento repudiar que aconteçam eles com aqueles conteúdos.

Também como limitação objetiva da autonomia a regulamentação do abuso de direito, nos termos do art.187, CC-2002. Tem-se aqui uma limitação que se situa até mesmo num ponto anterior, já que diz que a própria autonomia para o uso dos direitos só pode se dar dentro de limites.

Nas limitações acima explanadas não apenas a limitação não decorre de status dos sujeitos que as realizam, como também há de modo direto no fundamento dessas limitações cunho protetivo a alguém. Isso não significa que tais limitações indiretamente não protejam os sujeitos. Mas tão somente que o cunho protetivo aqui se encontra colocado de maneira mais geral, não voltada prioritariamente à proteção de um sujeito por conta de circunstâncias específicas a ele relativas.

Entretanto, há também outro rol de limitações à autonomia que, embora também classificáveis como objetivas, apresentam como fundamento a proteção do sujeito. Neste grupo estariam todas as vedações envolvendo negócios com os direitos da personalidade, como as dispostas nos arts.11, 13 e 14, do CC-2002. Nestes casos há limitação não apenas da autonomia privada, mas também da autonomia existencial, já que os negócios a que as limitações se referem dizem respeito a objetos de natureza existencial.

Conforme dito, a limitação objetiva é explicada a partir de um repúdio do ordenamento à prática de determinada conduta ou do modo de realizá-la. Como já exemplificado, não se permite que haja negócio jurídico que trate de herança de pessoa viva porque não se quer estimular o desejo pela morte alheia. O ato, em si, é algo visto pelo ordenamento como indesejável e por isso excluído da esfera de autonomia do sujeito. Pretende-se muitas vezes, como no exemplo agora citado, afastar a possibilidade de que aquele bem se encontre como objeto de qualquer relação jurídica.

Note-se que a consequência mais comum para atos jurídicos que desrespeitem tais limites é a pena de nulidade, impedindo, por conseguinte, que alcancem a eficácia pretendida esses negócios que seriam nocivos ao ordenamento.

Essa solução é suficiente nos casos em que a limitação objetiva acontece somente na seara da autonomia privada, já que a teoria da invalidade é categoria pensada principalmente para regulamentar questões de cunho patrimonial. Não se apresenta, entretanto, como resposta suficiente para quando a limitação pretende atingir questões vinculadas à autonomia existencial, até porque os atos de tal jaez muitas vezes se dão no plano do ser e não no dever-ser.

2.4.2.2 Limitação relacional

Há pontos em que o Código Civil limita a autonomia não com o intuito de proteger quem pratica o ato, mas sim de proteger um terceiro que por esse ato poderia ser atingido. O fundamento aqui é de proteção de interesses pessoais, mas não daquele que pratica o ato e sim de um terceiro que poderia sofrer seus efeitos.

Assim, por exemplo, nas vedações de disposição em testamento do montante correspondente à legítima dos herdeiros necessários (CC, art.1857, §1º), ou da doação de valores que àquela correspondam (CC, art.549), ou ainda quando da exigência da autorização do outro cônjuge para a prática de certos atos (CC, art.1647), bem como da anulação da doação pelo cônjuge adúltero à sua concubina (CC, art.550).

A limitação aqui não se dá por condições propriamente do sujeito que pratica o ato, mas sim por conta de fator *relacional* subjetivo. Na limitação relacional o argumento não é nem de repúdio do ordenamento ao ato, nem de proteção do sujeito que o pratica, mas sim de proteção de interesses de terceiros em relação ao ato praticado.

Explicando-se a partir de um dos exemplos acima postados, a proibição de disposição da legítima não existe porque o ordenamento considere que dispor em vida sobre o destino dos seus bens após sua morte seja indesejável, tampouco tem objetivo de proteger o testador. A proibição aqui existe para proteger direitos de terceiros, no caso os herdeiros, que seriam de alguma maneira afetados de modo prejudicial pelo ato praticado pelo sujeito.

Sempre há, portanto, um terceiro que se busca proteger, guardando este em regra alguma relação anterior com quem tem sua autonomia limitada. Note-se que o interesse protegido é, conforme os casos apresentados, em última instância patrimonial. Por mais que possam ter

por pano de fundo relações desenvolvidas na entidade familiar, o interesse do terceiro que limita a autonomia do sujeito é de cunho patrimonial.

A limitação relacional, portanto, é aquela que existe para limitar a autonomia de uma pessoa por conta de resultados possivelmente danosos ao interesse de um sujeito com o qual ele já possuía relação prévia.

Quanto às consequências para os atos praticados em desrespeito às limitações relacionais da autonomia, o rol é mais extenso do que nas demais, sendo encontradas a nulidade, a anulabilidade ou mesmo ineficácia do ato em relação àquele que se pretende proteger.

Assim é que se tem como consequência a nulidade dos negócios jurídicos de disposição em testamento do montante correspondente à legítima dos herdeiros necessários ou da doação de valores que àquela correspondam. A anulabilidade se aplica em situações tais quais a compra e venda feita entre ascendente e descendente sem o consentimento dos demais descendentes e cônjuge do alienante (CC, art.496); e na doação feita pelo cônjuge à sua concubina. Já a ineficácia pode ser encontrada no caso do condômino de coisa indivisível que dê posse ou venda sua fração ideal a terceiros estranhos sem o assentimento dos demais condôminos (CC, arts.504 e 1.314, parágrafo único)¹⁵⁴.

2.4.2.3 Limitação subjetiva

Limitação subjetiva é aquela que se dá em função do sujeito que pratica o ato. Tradicionalmente seu fundamento é colocado como sendo o da proteção do próprio sujeito. A limitação subjetiva decorre de juízos de valor feitos pelo ordenamento com o, ao menos declarado, objetivo de proteção da pessoa humana¹⁵⁵.

Essa limitação decorre de condições ligadas ao estado do sujeito. Embora se desenvolva explicação sobre o estado no capítulo seguinte, pode-se adiantar que, no dizer de Orlando Gomes, é “noção técnica destinada a caracterizar a posição jurídica da pessoa no meio

¹⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.142.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.25.

social”¹⁵⁶. No dizer de José de Oliveira Ascensão, “estados são posições ocupadas pela pessoa na vida social, de que resultam graduações de sua capacidade”¹⁵⁷.

Em que pese existirem diversos estados, como o político e o familiar¹⁵⁸, o estado pessoal que é o que interessa para o presente estudo, trata de características como a idade, o sexo e a saúde da pessoa¹⁵⁹.

A ideia é que determinadas pessoas por conta de deficiência na sua capacidade de compreensão da realidade, seja por conta da sua inexperiência, seja por conta de problemas de saúde, não estão aptas para a prática de certos atos. Por conta dessa inaptidão que faria com que pudessem elas ser prejudicadas caso realizassem os citados atos livremente, é que haveria a limitação da sua autonomia, com o objetivo de proteger as pessoas do seu próprio uso impensado da autonomia.

Surge, portanto, limitação na autonomia do sujeito para impedir que venha ele a realizar atos que sejam danosos à sua dignidade enquanto pessoa.

Essa limitação subjetiva pode ser *genérica*, atuando para amplo rol de atos, como no caso da determinação da incapacidade, que impede que o incapaz pratique de modo válido “os atos da vida civil”, nos termos dos arts.3º e 4º, do CC. Aqui, por conta dos critérios já apontados, se exclui da autonomia da pessoa toda uma gama de atos.

Pode também a limitação subjetiva ser *pontual*, quando se restringe a um ou a pequeno conjunto de atos, a exemplo da limitação da escolha do regime patrimonial do casamento do maior de setenta anos (art.1641, II, CC)¹⁶⁰, ou ainda quando da proibição de doação de todos os bens que possua um sujeito, sem reserva de parte para a sua subsistência (art.548, CC)¹⁶¹.

Seja genérica ou pontual a limitação subjetiva, mantém ela o fundamento de que acontece para a proteção da pessoa que poderia praticar o ato. Assim, quando se proíbe que os incapazes realizem validamente atos da vida civil, o argumento é de que isso não é colocado como uma punição ao incapaz, mas sim como uma regra que existe para protegê-lo de eventuais terceiros que queiram se aproveitar da sua incapacidade; o mesmo valendo para o caso do maior de setenta anos no que toca à escolha do regime patrimonial no matrimônio.

¹⁵⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.150.

¹⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.120.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando, op. cit., p.151.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.152.

¹⁶⁰ Saliente-se que, anteriormente à Lei n.12.344, de 9/12/2010, a limitação se dava aos sessenta anos.

¹⁶¹ Aqui se pode discutir se a limitação é somente subjetiva ou também relacional, já que a total perda de bens e renda de um sujeito poderia implicar em ônus a familiares que para com ele tivessem dever de ordem alimentar.

A consequência colocada pelo ordenamento para quando há prática de atos negociais em que se despreza a fundamentação da limitação subjetiva da autonomia é a nulidade ou a anulabilidade do ato praticado. Exemplo mais do que suficiente é o das consequências aplicáveis ao ato realizado pelo absolutamente e pelo relativamente incapaz.

Acontece que embora a limitação subjetiva seja construída muito mais partindo da perspectiva da proteção patrimonial, termina afetando gravemente aspectos existenciais do sujeito. Em suma, se utiliza um fundamento existencial, mas que em verdade pretende regulamentar questões patrimoniais.

O prejuízo de tal mixagem é o de terminar gravando de limitações a autonomia existencial do sujeito, em função de questões relacionadas com a autonomia privada, normalmente de cunho patrimonial. Esta noção, de limitação subjetiva à autonomia, é justamente aquela que é utilizada na construção da teoria da incapacidade, que a seguir se passa a abordar.

3 INCAPACIDADE

A incapacidade, normalmente vista sem maiores nuances ou críticas pela doutrina, em verdade guarda espaço para diversos questionamentos. O objetivo desse capítulo é justamente realizar abordagem aprofundada e crítica do instituto, com o fulcro não apenas de fornecer análise jurídica deste, como também de desmistificar afirmações que já se tornaram lugar comum no âmbito do Direito Civil. Entretanto, para tratar da incapacidade, se faz necessário realizar inicialmente abordagem sobre o que é capacidade, uma vez que não faz sentido trabalhar a falta de algo que não se saiba o que é.

José de Oliveira Ascensão define a capacidade em geral como “a medida das situações de que uma pessoa pode ser titular ou que pode atuar”¹⁶². Portanto, qualquer ideia vinculada à capacidade para este autor poderia ser apontada como uma extensão de possibilidades.

Há discussão doutrinária quanto a se seriam as capacidades direitos subjetivos¹⁶³ ou conceitos básicos que serviriam de apoio para outros direitos¹⁶⁴. Acredita-se, entretanto, que nenhuma das duas posições está correta, caso se pretenda, de modo coerente, buscar analisar a sua natureza jurídica a partir da teoria do fato jurídico. Partindo deste campo de análise o mais acertado é afirmar que tanto a capacidade como a incapacidade são situações jurídicas básicas unissubjetivas¹⁶⁵.

Ocorre que, ao fazer uso do termo capacidade, a doutrina civilista costuma utilizá-lo em pelo menos dois sentidos diferentes, quais sejam o de capacidade de direito e de capacidade de agir. Para o estudo da incapacidade guarda maior importância o segundo. Assim, para que se tenha maior precisão conceitual sobre o que se trata, é que se se inicia o presente capítulo tratando da distinção entre estes dois sentidos de capacidade.

Tem-se, portanto, de um lado a capacidade de direito, atribuída a todas as pessoas e mesmo a alguns entes não personificados, que é o atributo jurídico que possibilita ao sujeito titularizar

¹⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116. Diferencia ainda capacidade de esfera jurídica, tratando esta última como “o conjunto de situações que uma pessoa efetivamente tem”, sendo portanto histórica e concreta (p.126).

¹⁶³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.158.

¹⁶⁴ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.222.

¹⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. De acordo com o autor as situações jurídicas básicas unissubjetivas são aquelas que tratam de qualidades ou qualificações dos sujeitos. Caracterizam-se por dizerem respeito a uma única esfera jurídica, por serem oponíveis *erga omnes* e por terem sua impositividade garantida através de ação judicial.

direitos e deveres no ordenamento, e de outro a capacidade de agir, que diz respeito ao status do sujeito de poder praticar certos atos jurídicos validamente independentemente de assistente ou representante.

O objetivo central desse trabalho, portanto, se relaciona não com a “incapacidade de direito”, já que essa parece impossível no atual ordenamento brasileiro, mas sim com a *incapacidade de agir*. Desta feita, ao se referir à incapacidade ou ao incapaz, é à falta desse atributo jurídico que se estará referenciando.

3.1. CAPACIDADE DE DIREITO E INCAPACIDADE

A capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo, capacidade jurídica¹⁶⁶, se relaciona com a própria atribuição da personalidade, embora com ela não se confunda. Possui tal capacidade todo aquele que é considerado sujeito de direito, seja pessoa natural ou jurídica¹⁶⁷, sendo ela atribuída ainda também a entes não-personificados¹⁶⁸.

Seria, no dizer de Pontes de Miranda, “a capacidade de ter direitos, a possibilidade de ser titular de direitos”¹⁶⁹. Na mesma linha, porém expandindo um pouco o conceito ponteano, se tem Marcos Bernardes de Mello que a define como a “atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direitos e obrigações na ordem civil”¹⁷⁰. Definição esta que, aliás, é muito similar também à de Alejandro Borda, baseado na doutrina argentina, que afirma que a capacidade de direito seria “la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”¹⁷¹.

¹⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.24; ASCENSÃO, t.1, p.116.

¹⁶⁷ EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.103. A autora esclarece que haveria alguma limitação à capacidade de direito das pessoas jurídicas em razão de seu próprio substrato ontológico. Assim, por exemplo, seriam com ela incompatíveis alguns direitos como os de família e os derivados da cidadania, como o direito ao voto.

¹⁶⁸ MELLO, *Plano da validade*, p.24.

¹⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, t.1, p.157.

¹⁷⁰ MELLO, *Plano da validade*, p.24.

¹⁷¹ BORDA, Alejandro. La capacidad. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p.167.

Renan Lotufo afirma que a capacidade de direito corresponderia à “extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade”¹⁷², destacando ainda que houve melhoria na redação do art. 1º, do atual Código Civil em relação ao anterior, ao se substituir a palavra *obrigações* por *deveres*, posto que a segunda expressão é mais abrangente e portanto mais adequada para o caso¹⁷³.

José de Oliveira Ascensão, por sua vez, afirma que ela “mede a suscetibilidade de ser titular de situações jurídicas”¹⁷⁴. Assim, pelas referências colhidas, se pode concluir que a capacidade de direito, para a doutrina em geral, se relaciona com a possibilidade, a aptidão, a suscetibilidade, de ser titular de direitos e deveres, de titularizar situações jurídicas¹⁷⁵.

Partindo de tais afirmações, pode-se notar que, portanto, toda e qualquer pessoa possui a capacidade de direito, embora nem sempre tenha sido assim ao longo da história, como adiante se abordará. Para possuí-la, não é necessário que o sujeito preencha qualquer requisito que não o da simples existência. É o chamado princípio da capacidade total de direito, que implica que ela é conferida a todos os sujeitos, não sendo possível excluir quem quer que seja com base em discriminação de qualquer natureza¹⁷⁶. A capacidade de direito inerente a cada sujeito seria mesmo de natureza supraestatal¹⁷⁷, não sendo possível seu afastamento de qualquer sujeito ou condicionada a sua aquisição ao atendimento de qualquer requisito.

Não há no atual ordenamento brasileiro que se falar em incapacidade geral de direito, entendida como aquela que priva o sujeito da possibilidade de ser titular de todo e qualquer direito, embora fosse esta presente em direitos antigos, como era o caso dos escravos no Direito Romano, dos estrangeiros na Idade Média e das pessoas submetidas a penalidades de morte civil¹⁷⁸.

Situação apontada por Francisco Pereira de Bulhões Carvalho como sendo de incapacidade geral de direito, em análise à época do CC-1916, mas que poderia ser discutida no atual

¹⁷² LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p.10.

¹⁷³ *Ibidem*, p.10.

¹⁷⁴ ASCENSÃO, t.1, p.116-117.

¹⁷⁵ LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p.221;

¹⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, t.1, p.158.

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, t.1, p.159.

¹⁷⁸ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.150.

ordenamento, é a do sujeito não nascido e que, portanto, não teria ainda personalidade nem, por conseguinte, capacidade de direito¹⁷⁹. Sem entrar no mérito das discussões sobre as teorias da aquisição da personalidade, acredita-se que, pelos diversos direitos conferidos ao nascituro, tal teoria é descabida. A identificação de capacidade de direito com a aptidão para titularizá-los, afasta os problemas que poderiam surgir por conta de eventual questionamento quanto ao status de pessoa do nascituro.

No mesmo jaez, trata do tema quanto à sociedade ou associação não registrada ou autorizada¹⁸⁰, sobre o que se mantém aqui a mesma opinião acima formulada.

Existem, entretanto, alguns casos de incapacidade de direito especiais, entendidas como aquelas em que fica o sujeito privado de alguns direitos¹⁸¹. Assim, por exemplo, os casos de perda do direito de herança por indignidade da sucessão e da perda da possibilidade de atuar como empresário do falido. Não é desta incapacidade, entretanto, que se ocupa a presente obra, mas sim daquela derivada da falta de capacidade de agir, de modo que o uso do termo incapacidade sem maiores especificações se referirá à espécie que a seguir se analisa.

Destaque-se que há certa discussão doutrinária quanto a existir distinção entre capacidade de direito e personalidade, ou serem ambas a mesma coisa. Assim é que, por exemplo, para os doutrinadores em geral na Alemanha o conceito de *Rechtsfähigkeit* abrange os dois institutos¹⁸². No mesmo sentido, afirma Maria Alice Zaratín Lotufo que “os conceitos de capacidade e personalidade estão intimamente ligados, se sobrepõem e exaurem um no outro, sendo a capacidade, como diz a doutrina, a medida da personalidade, uma vez que lhe confere limites”¹⁸³.

José de Oliveira Ascensão afirma que embora ambas traduzam uma suscetibilidade abstrata, distinguem-se, pois a da personalidade seria qualitativa e a da capacidade quantitativa¹⁸⁴. Esta opinião é partilhada por Washington Trindade que diz que enquanto o conceito de capacidade

¹⁷⁹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.523.

¹⁸⁰ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.526.

¹⁸¹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.150.

¹⁸² ASCENSÃO, t.1, p.117.

¹⁸³ LOTUFO, Maria Alice Zaratín, op. cit., p.222.

¹⁸⁴ ASCENSÃO, t.1, p.117.

admite variações de conteúdo, sendo, portanto, quantitativo, o de personalidade não, justamente por ser qualitativo¹⁸⁵. Prova dessa diferença é a possibilidade no ordenamento de entes despersonalizados serem titulares de direitos e deveres. Possuem tais entes capacidade de direito, porém não personalidade.

Na mesma linha, Célia Barbosa Abreu afirma que, enquanto a personalidade é um valor jurídico, a capacidade de direito seria algo estático, decorrente do ordenamento, e a capacidade de fato algo dinâmico, derivado da análise de estar apto o sujeito a praticar atos da vida civil¹⁸⁶.

Adota-se neste trabalho o entendimento de que os conceitos de capacidade de direito e personalidade se referem a coisas distintas¹⁸⁷. Assim, a capacidade de direito se caracteriza como um status que possibilita titularizar direitos e deveres, enquanto que a personalidade é valor jurídico, podendo ser encarada como aspectos derivados da própria natureza humana, intimamente relacionados com a sua dignidade¹⁸⁸.

3.2 CAPACIDADE DE AGIR E INCAPACIDADE

Por outro, se fala na capacidade de obrar, capacidade de fato, capacidade de agir, capacidade de exercício¹⁸⁹, que seria aquela que permite que o indivíduo pratique por si certos atos da vida civil, como se encontra previsto no Código Civil e é repetido por parte da doutrina nacional e estrangeira¹⁹⁰. A capacidade de agir se caracterizaria

pela aptidão que o ordenamento jurídico reconhece às pessoas para que, diretamente, e não por intermédio de representante legal ou com a participação de assistente (=pais, tutores ou curadores), exerçam os direitos e pratiquem, validamente, os atos da vida civil que lhes cabem¹⁹¹

¹⁸⁵ TRINDADE, Washington Luiz da. A capacidade jurídica e seus limites na lei brasileira. In: *ERGON*, ano XLIV, vol. XLIV. Salvador: Instituto Bahiano de Direito do Trabalho, 1999, p.266.

¹⁸⁶ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.31.

¹⁸⁷ EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.46.

¹⁸⁸ BORGES, op. cit., p.12-13.

¹⁸⁹ MELLO, *Plano da validade*, p.25.

¹⁹⁰ BORDA, Alejandro, op. cit., p.170.

¹⁹¹ MELLO, *Plano da eficácia*, p.102.

Seria ela responsável por medir “a suscetibilidade de alguém praticar, por si e livremente, atos jurídicos”¹⁹². No dizer de Washington Trindade, traria ela os limites ao exercício dos atos da vida civil¹⁹³.

A capacidade de agir, ao contrário da de direito, não é possuída por todos os sujeitos, já que o ordenamento enumera requisitos para que seja o sujeito considerado capaz. Em verdade, toda pessoa natural nasce sem a capacidade de exercício, só sendo possível que venha a adquiri-la com o passar do tempo. É que esta capacidade, como se verá, é diretamente relacionada com o estado do sujeito.

Em nome do rigor técnico é interessante ainda distinguir a *incapacidade* da *restrição à capacidade*. Enquanto a primeira, objeto central desse texto, é a que acima se descreveu, a segunda é termo mais genérico, que indica “qualquer situação que diminua a capacidade do agente, como a resultante de condenação penal”¹⁹⁴.

Não se deve também confundir a falta de capacidade com a de legitimidade. A capacidade, como aventado, se relaciona com o fato de o sujeito possuir determinado estado, que o torne apto a, de modo geral, praticar os atos da vida civil. A legitimidade, por outro lado, trata de se, numa situação pontual, está o sujeito legalmente habilitado à prática de certo ato. Diz respeito a legitimidade à atuação concreta em certas situações jurídicas¹⁹⁵. E a distinção é dotada de relevância, principalmente por conta de poderem produzir efeitos diversos no mundo jurídico.

Assim é que se um sujeito incapaz realiza, por exemplo, uma compra e venda, este negócio jurídico será nulo ou anulável, a depender do grau da sua incapacidade. Já se, por exemplo, um sujeito capaz, sem autorização do proprietário, realiza contrato de compra e venda sobre coisa que não lhe pertence, o negócio jurídico, embora válido, será ineficaz em relação ao proprietário. E isto acontece porque quem realizou a compra e venda não possuía legitimidade para fazê-lo em relação ao objeto que não lhe pertencia.

Diferente também capacidade de poder. Nos termos colocados por Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, capacidade diz respeito à aptidão para o sujeito exercer seus próprios direitos, enquanto que o poder implicaria na aptidão para exercer os direitos alheios. Neste

¹⁹² ASCENSÃO, t.1, p.117.

¹⁹³ TRINDADE, op. cit., p.266.

¹⁹⁴ ASCENSÃO, t.1., p.122.

¹⁹⁵ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.31.

sentido, por exemplo, é que se diz que tem o mandatário poderes para exercer o mandato, e que falta ao nu-proprietário poder para alienar o bem alvo de usufruto. Também aqui há diferença de ordem prática, apontando o autor, de modo um tanto contraditório, ora que no caso da falta de poder o ato seria inexistente, ora que seria ineficaz¹⁹⁶. Opta-se aqui pela explicação que afirma a ineficácia, já que presentes estariam os elementos nucleares, não se justificando assim falar de inexistência.

Nesta mesma linha é que Pontes de Miranda distingue capacidade do poder de dispor, afirmando que o último tem “quem está em tal relação com a esfera jurídica, de que há de sair o bem da vida, que o seu ato tem o efeito que o agente quer que se produza”¹⁹⁷. A distinção aqui se aproxima muito, portanto, daquela trabalhada em relação à legitimidade.

Distinções à parte, pode-se concluir que a capacidade de exercício é aquela que determina se é o sujeito autorizado pelo ordenamento a praticar validamente certos atos da vida civil. E a atribuição de tal capacidade, como dito, depende da análise do estado do sujeito.

3.2.1 Estados

Pode-se entender estado do sujeito como sendo o “complexo de qualidades que lhe são peculiares”¹⁹⁸, que traz “elementos de individualização da personalidade”¹⁹⁹. São os estados “posições ocupadas pela pessoa na vida social, de que resultam graduações da sua capacidade”²⁰⁰. Fornece o estado, portanto, dados para que se possa determinar a posição jurídica de um sujeito na sociedade.

¹⁹⁶ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.152.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, tomo IV, p.116.

¹⁹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: volume 1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.227.

²⁰⁰ ASCENSÃO, t.1, p.120. Diferencia ainda o autor estado e estatuto, afirmando que o primeiro se referiria a “designar a situação que determina a capacidade”, e o segundo “para designar o complexo de poderes e deveres subsequentemente atribuídos, p.121.

Diversas características são atribuídas pela doutrina ao estado, como ser indisponível, intrasmissível, imprescindível, indivisível, unitário, insuscetível de transação, destacando-se ainda a oponibilidade erga omnes das ações deles resultantes²⁰¹.

A doutrina ao tratar do tema divide os status em político, familiar e individual. O estado político, que diz respeito à posição do sujeito como nacional ou estrangeiro, não possui qualquer relevância no ordenamento brasileiro para a determinação da capacidade. Influencia tão somente no gozo de alguns direitos, via de regra políticos, como a possibilidade de ocupar alguns cargos públicos, como o de presidente da república²⁰².

Do mesmo modo, o estado familiar, que determina relações de casamento, união estável, filiação e parentesco, e que hoje também não possui influência para a determinação da capacidade no ordenamento brasileiro, embora já o tenha tido, quando, no Código Civil de 1916, atribuía-se o estado de relativamente incapaz à mulher casada.

Relaciona-se a capacidade com o estado individual, que diz respeito à análise das condições físicas e de saúde do indivíduo. Assim, àquele sujeito que falta experiência e entendimento do mundo, seja por questões relacionadas ao amadurecimento concedido pela idade ou por problemas de saúde de diversas naturezas que afetem seu discernimento, não é concedida a capacidade de agir.

José de Oliveira Ascensão, a seu turno, divide os status em *libertatis*, *civitatis* e *familiae*. Quanto ao primeiro afirma que não tem mais qualquer sentido, já que todos os sujeitos gozariam do direito à liberdade em igual condição²⁰³. O *status civitatis* é abordado de modo equivalente ao acima tratado como status político, referindo-se também à questão da nacionalidade²⁰⁴; mesma linha do quanto já explicado acima, pode ser dito em relação ao *status familiae*²⁰⁵.

²⁰¹ ASCENSÃO, t.1., p.125.

²⁰² GOMES, op. cit., *passim*.

²⁰³ ASCENSÃO, t.1., p.120.

²⁰⁴ ASCENSÃO, t.1., p.122.

²⁰⁵ ASCENSÃO, t.1., p.123.

Não aborda o autor o status individual, se referindo simplesmente às incapacidades e afirmando que são elas inúmeras e insuscetíveis de sistematização, embora aponte de modo exemplificativo causas como a menoridade, a demência e a prodigalidade²⁰⁶.

Assim é que, por conta de não possuir certos status será o sujeito considerado incapaz, o que implicará na impossibilidade de que pratique livremente determinados atos. Ou seja, a incapacidade não implica no não reconhecimento pelo ordenamento de todo ou qualquer ato praticado pelo incapaz, mas tão somente daqueles que atendem a certas características.

3.2.2 Atos afetados pela incapacidade de agir.

Ao tratar dos atos afetados pela incapacidade de agir, muitas vezes a doutrina não costuma realizar maiores especificações sobre eles, repetindo a fórmula do Código Civil, para afirmar que a falta da capacidade de agir implica na impossibilidade de praticar pessoalmente certos atos da vida civil²⁰⁷. O objetivo deste tópico é desenvolver, dentro da técnica da teoria do fato jurídico, quais seriam os atos cuja prática restaria prejudicada ao incapaz.

Alerta-se desde já que, por conta dos resultados encontrados na presente pesquisa, afirma-se neste trabalho que a restrição da autonomia vai muito além da aqui analisada por uma perspectiva simplesmente dogmática. Tais críticas serão expostas em capítulo seguinte, quando se abordará as consequências da incapacidade para o desenvolvimento da personalidade do sujeito incapaz.

Pontes de Miranda, ao dissertar sobre a capacidade de agir, entendida de modo abrangente, afirma que ela engloba e se divide em diversas outras capacidades. Assim, enumera o autor

a) capacidade de praticar ato-fato jurídico; b) a de praticar atos jurídicos *stricto sensu*; c) a de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial); d) a de praticar atos ilícitos em geral, isto é, a de praticar atos ilícitos relativos e a de praticar atos ilícitos absolutos (capacidade delitual)²⁰⁸.

Tal classificação, que é mais abrangente e detalhada, traz certa relação entre capacidade de agir e conduta. Afirma-se tal pois dela foi excluído tão somente o chamado fato jurídico

²⁰⁶ ASCENSÃO, t.1., p.122.

²⁰⁷ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. In: Revista de direito privado, vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.88.

²⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, t.1, p.157.

stricto sensu, que é justamente o único em que a conduta humana não é elemento nuclear do suporte fático²⁰⁹.

A despeito desse rol apresentado pelo autor, de modo contraditório ele mesmo afirma que a falta da capacidade de obrar não afeta a possibilidade de prática de atos-fatos jurídicos, bem como dos fatos jurídicos *stricto sensu*, já que nestes a vontade não compõe o suporte fático²¹⁰.

Marcos Bernardes de Mello, baseado no rol feito por Pontes de Miranda, apresenta outro, mais extenso, no que toca à divisão e enumeração das capacidades. Assim, para ele, se pode falar em

(i) a capacidade de praticar ato-fato jurídico, (ii) a capacidade negocial (= de exteriorizar vontade apta a compor suporte fático de negócio jurídico), (iii) a capacidade de praticar ato jurídico *stricto sensu*, (iv) a capacidade de herdar (legitimação hereditária), (v) a capacidade de ser empresário, (vi) a capacidade de praticar ato ilícito, (vii) a capacidade de obrigar-se por fato jurídico indenizativo²¹¹.

Para o autor, os absolutamente incapazes podem praticar atos-fatos reais, mas não podem praticar atos-fatos caducificantes, já que contra eles não correm os prazos prescricionais e, via de regra, os de caducidade. Afirma também que embora possam praticar atos-fatos indenizativos, normalmente não recai sobre eles a responsabilidade de indenizar, que normalmente caberá ao seu representante²¹².

Não se concorda com o autor quando insere a capacidade de herdar como uma das capacidades de agir. Esta se relaciona com a capacidade de direito, já que inerente a todo sujeito, como, aliás, contraditoriamente acaba por reconhecer o próprio autor²¹³.

Também se apresenta aqui entendimento diferente quanto à capacidade de praticar atos ilícitos. A análise do ilícito deve se dar de modo objetivo, de sorte que a falta de imputabilidade não tira da conduta realizada o caráter de ilícito. Afirmar que a falta de capacidade de agir retiraria a capacidade de praticar ato ilícito, implicaria em considerar uma conduta reprimida pelo ordenamento como sendo lícita, apenas porque praticada por incapaz. O que acontece, em verdade, é a não atribuição dos efeitos regulares da ilicitude.

²⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.131.

²¹⁰ PONTES DE MIRANDA, t.1., p.207.

²¹¹ MELLO, *Plano da eficácia*, p.103.

²¹² MELLO, *Plano da eficácia*, p.105

²¹³ MELLO, *Plano da eficácia*, p.107.

Já de acordo com Simone Eberle, apenas o poder para realizar negócios jurídicos autonomamente seria afetado pela incapacidade²¹⁴. Isto porque, segundo a autora,

em forma mais rudimentar, a capacidade de fato associa-se à consecução de atos jurídicos em sentido estrito; num plano mais elevado – o negocial – reveste-se de uma feição mais elaborada, reconhecida pela lei apenas àqueles que tenham atingido determinado patamar etário ou que tenham galgado certo nível de desenvolvimento intelectual²¹⁵.

Defende, portanto, com base em interpretação que realiza do art.186, do CC-2002, que a capacidade só seja tida como requisito para a prática de negócios jurídicos, não de atos jurídicos *stricto sensu*. Realiza tal afirmação com base na ideia de capacidade natural, que seria mais gradativa do que a de capacidade jurídica²¹⁶. A lógica por ela trabalhada é que afirma o art.186 que se aplicarão aos atos jurídicos, no que couber, as disposições legais relativas aos negócios jurídicos e que, portanto, não se seguiria necessariamente que seriam os atos jurídicos praticados pelos incapazes sujeitos à automática atribuição de invalidade.

No presente texto, a despeito das críticas que mais à frente serão apresentadas, acredita-se que, no que toca aos fatos lícitos, a falta de capacidade afeta tão somente a prática daqueles que tenham a vontade integrando o núcleo do seu suporte fático, ou seja, todos os atos jurídicos, abrangendo assim os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos.

3.3 INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

No período anterior às codificações nacionais, em que pese a existência de certa confusão das fontes legislativas²¹⁷, por muito tempo o principal documento de referência no Direito Civil foram as Ordenações Filipinas de Portugal, que tiveram sobrevida no Brasil até mesmo depois da declaração da independência, em 07/09/1822 e, por curioso que seja, portanto até após sua própria revogação em Portugal. Também anteriormente à primeira codificação deu-se a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, em dezembro de 1858, que acabou suprimindo o espaço da ausência de um Código Civil até que surgisse o de 1916.

²¹⁴ EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.162.

²¹⁵ EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil In: Revista Trimestal de Direito Civil, vol.17. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p.181.

²¹⁶ EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil In: Revista Trimestal de Direito Civil, vol.17. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p.185.

²¹⁷ ROXANA, op. cit., p.76.

A investigação destes dois diplomas traz interessantes informações sobre a incapacidade, bem como, considerando o foco do trabalho que se desenvolve, do portador de transtorno mental.

A Consolidação, por exemplo, apenas se limitava a afirmar a cessação da menoridade aos vinte e um anos, em que pese tenham as Ordenações Filipinas inicialmente a fixado aos vinte e cinco²¹⁸, sem trazer maiores ressalvas ao quanto disposto nas Ordenações sobre a curatela dos loucos e pródigos.

As Ordenações Filipinas, por sua vez, trazem diversas disposições relativas aos loucos e aos pródigos, bem como um regime específico de curatela para ambos, prevista no seu Livro IV.

Entretanto, alguns outros interessantes dispositivos legais sobre o tema são encontrados ao longo das Ordenações. Assim é que, por exemplo, no art.66, 3, do seu Livro I, determina que pode o poder de polícia ser utilizado, dentre outras providências, “contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes”. Curioso notar que já aí se encontram sob a possibilidade do julgo do poder de polícia, sem maiores necessidades de justificativa, dois daqueles que futuramente seriam sujeitos considerados incapazes: o louco e o embriagado. Mas, ainda mais digno de destaque, é notar que são colocados ao lado dos animais ferozes.

Ademais, nas Ordenações, há toda uma variedade de determinações para se referir ao portador de transtorno mental: louco, desassisado, mentecapto, furioso, sandeu, em que pese muitas vezes dando a elas sentidos diversos.

A curadoria deste sujeito portador de transtorno mental era regulamentada no seu Livro IV, Título CIII, sob a epígrafe de “Dos Curadores que se dão aos Pródigos e Mentecaptos”. Determina tal dispositivo que seja dado curador aos menores de vinte e cinco anos de idade, aos desassisados e desmemoriados, bem como aos pródigos que mal gastarem suas fazendas.

Em nota explicativa ao Título, constante nas próprias Ordenações, esclarece-se que desassisado é aquele a quem falta o siso, portanto, o juízo. Desmemoriado, por sua vez, é explicado como sendo o idiota, o demente. Distingue a citada nota ainda a demência da loucura, afirmando que a primeira

é a abolição total da faculdade de raciocinar; é um estado de estupidez em que a inteligência se esvaece, a fantasia se desordena, e a memória se diminui e transtorna, apresentando só ideias desconexas e disparatadas, que o *demente* se obstina em olhar como muito razoáveis.

²¹⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, p.6.

Nesta qualidade convém a *demência* com a *loucura*; com a diferença que aquela costuma nascer da fraqueza e debilidade, e esta de excesso, de arrebatamento, de furor.

Assim que, se costuma chamar *loucura* em seus excessos ao entusiasmo, ao éstro, ao furor poético, a toda paixão exaltada que arrebatava até o delírio, e a cometer ações culpáveis e desordenadas.

Determina ainda o Título CIII que caso o sandeu possa fazer mal, ou causar dano a alguém ou suas propriedades, deverá ser mantido sob a guarda e vigilância, prioritariamente de seu pai²¹⁹, e mesmo aprisionado. Também seus bens deverão ser confiados a seu pai que, além do mais, em sendo negligente com a guarda do sandeu, acabaria por responder civil e penalmente pelos seus atos.

Destaque-se que, também em nota explicativa, se frisa a necessidade de proceder a exame de sanidade previamente ao estabelecimento da curadoria. Exames médicos estes que se constituem então como a prova preliminar, preferencial em relação a todas as outras, para o reconhecimento da loucura, que daria causa à interdição.

Há já nestas notas das Ordenações o esclarecimento de que nem todo transtorno mental deve levar, necessariamente, à interdição. Assim, afirma-se que “não estão na classe dos furiosos, nem se dará curador àqueles, em que se nota uma demasiada simplicidade, sem desarranjo do cérebro”.

A interdição por loucura nas Ordenações está de todo ligada à manutenção do transtorno mental, de modo que determina que tornando o sujeito “a seu perfeito siso e entendimento”, lhe serão restituídos todos seus bens, com a devida prestação de contas (Título CIII, 2).

Por fim, interessante destacar que nas Ordenações, ao contrário do que ocorreu com as posteriores codificações nacionais, reconhecia-se o chamado intervalo lúcido, conforme regulamentado no Título CIII, 3:

E sendo furioso por intervalos e interposições de tempo, não deixará seu pai, ou sua mulher de ser seu curador no tempo, em que assim permanecer sisudo, e tornado a seu entendimento. Porém, enquanto ele estiver em seu siso e entendimento, poderá governar sua fazenda, como se fosse de perfeito siso.

E tanto que tornar à sandice, logo seu pai, ou sua mulher usará da curadoria, e regerá e administrará a pessoa e a fazenda dele, como dantes.

²¹⁹ Além do pai poderia ser constituído como seu curador, em ordem de preferência: a sua mulher, desde que vivesse honestamente, tivesse entendimento e discrição e aceitasse tal função (Título CIII, 1); seu avô (Título CIII, 4); seu filho varão, desde que idôneo e maior de vinte e cinco anos (Título CIII, 5); seu irmão, desde que também maior e com casa manteúda onde viva (Título CIII, 5); seu parente mais chegado (Título CIII, 5); e, por fim, qualquer estranho idôneo e abonado (Título CIII, 5). Destaque-se que, à exceção da mulher que poderia se recusar a ser curadora, todos os demais poderiam ser constringidos a aceitar o *munus*.

Na técnica empregada nas Ordenações, portanto, os intervalos lúcidos não suspendiam a curadoria, mas, de certa forma, barravam temporariamente a sua eficácia, que seria plenamente restituída tão logo se encerrasse o período de sanidade.

As duas grandes codificações civis brasileiras, de 1916 e de 2002, ao contrário das legislações que foram aplicadas anteriormente em solo pátrio, trouxeram de modo sistematizado a questão da incapacidade. Pode-se até afirmar que, entre elas, mantiveram suas características de modo muito aproximado. Na regulamentação das limitações da autonomia por incapacidade houve, nas duas codificações, congruência na fundamentação, nas consequências e, de certa maneira, também no rol dos incapazes.

Em ambas o fundamento para a limitação via incapacidade foi o da proteção do incapaz. Isso é facilmente constatável pela leitura da doutrina do tema, que costuma se referir ao incapaz como alguém mais vulnerável e, por conseguinte, merecedor de proteção²²⁰.

As consequências também foram as mesmas, qual seja a limitação para a prática dos atos da vida civil, no caso dos absolutamente incapazes, e para a prática de certos atos, no caso dos relativamente incapazes. Essa diferente redação para cada um dos tipos de incapacidade reflete o fato de que as suas consequências, em ambas codificações, dividiram-se em dois graus, para tornar o ato praticado pelo absolutamente incapaz nulo e o realizado pelo relativamente incapaz anulável.

Baptista de Mello, ao tratar das causas de incapacidade no Código Civil de 1916 (CC-1916), disserta sobre a incapacidade de exercício como podendo ser natural ou legal. Na natural inclui as pessoas privadas de discernimento, os menores, os loucos de todo gênero durante o tempo da moléstia, os surdo-mudos que não puderem exprimir sua vontade e o ausente. Já a legal abrangeria os “defeitos de madureza do espírito, certas enfermidades morais, o estado da mulher casada, etc”²²¹. Percebe-se, na fala do autor, ainda existente à época a vinculação entre doença e moral, ao ponto tal de se falar em “enfermidade moral”.

²²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.110; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.153.

²²¹ MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. In: *Revista dos Tribunais*, vol.97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935, p.320.

No que toca ao rol, algumas diferenças são encontradas. Assim é que o CC-1916 elencava como absolutamente incapazes, no seu art.5º²²²

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

I - Os menores de dezesseis anos.

II - Os loucos de todo o gênero.

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

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

Há no CC-2002 algumas diferenças no rol dos absolutamente incapazes²²³. Quanto ao menor, nada mudou, continuando os menores de dezesseis anos a serem absolutamente incapazes, o que, aliás, aqui se critica. Afinal, diante da redução da idade para alcançar a capacidade plena com a maioridade aos dezoito, deveria ter havido também proporcional redução da idade mínima para que se alcançasse a incapacidade relativa.

No que toca aos portadores de transtornos mentais, note-se que, se nas Ordenações Filipinas havia referência aos portadores de transtorno mentais com o uso dos mais diversos termos, seu sucessor imediato optou por reuni-los numa única epígrafe: loucos de todo gênero, que sempre foi alvo de crítica doutrinária²²⁴. Mais do que isso, determinou, consoante já enumerado, o estado de absolutamente incapaz para todos eles. Quanto a isso, havia à época crítica indicando que a alusão tão somente aos loucos teria deixado de regulamentar outros sujeitos como os “fracos de espírito” e “psicopatas”²²⁵.

Sobre o tema, houve no Código Civil de 2002 tratamento mais cuidadoso, de modo que podem agora os portadores de transtorno mental serem considerados como absoluta ou relativamente incapazes, a depender do grau de compreensão do mundo, de discernimento, que lhes retire o transtorno que possuam. Em que pese esta melhoria, os termos adotados

²²² CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.239. Afirma o autor que este seria um dos dispositivos mais defeituosos do então Código Civil.

²²³ Art.3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

²²⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte geral, tomo IV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.94.

²²⁵ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.240.

“enfermidade”, “deficiência mental” e “excepcional sem desenvolvimento mental completo”, continuam sendo insuficientes²²⁶ para explicar toda a gama de situações que pretende abordar, no que seria melhor ter utilizado a expressão mais genérica e tecnicamente mais adequada “portador de transtorno mental”, fazendo ainda, por óbvio, a menção ao discernimento reduzido.

Excluiu-se no Código Civil de 2002 a referência direta aos surdos-mudos, adotando-se fórmula mais genérica que determina a incapacidade de todos aqueles que, ainda que por causa transitória, não possam exprimir sua vontade.

Por fim, de modo mais técnico, foi excluído o ausente do rol dos incapazes, uma vez que o problema que ocorre quando da ausência não é igual aos anteriores de suposta debilidade do sujeito, mas sim do seu desaparecimento, obrigando a que seja nomeado um curador para atuar como representante dos seus interesses até que ocorra a sua volta ou se decrete a sua morte de modo presumido.

Já os relativamente incapazes eram elencados, ao final da vigência do CC-16 como sendo os seguintes:

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

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

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.

Destaque-se, entretanto, que este rol dos relativamente incapazes não é o mesmo da redação original, mas sim o que resultou da modificação realizada pela Lei n.4124/1962. As mudanças foram a exclusão da mulher casada do rol de relativamente incapazes e a modificação, no parágrafo único da expressão “e que cessará à medida da sua adaptação” por “o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país”.

No que toca à comparação do rol dos incapazes no CC-2002²²⁷ com o da redação final do CC-1916, a única manutenção sem alterações foi a da incapacidade do pródigo. No que diz

²²⁶ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.103.

²²⁷ Art.4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

respeito aos menores, houve a diminuição da idade para que cessasse a incapacidade relativa dos 21 para os 18.

No que toca aos portadores de transtornos mentais, foi incluída, como já dito anteriormente, a possibilidade de o sujeito “excepcional, sem desenvolvimento mental completo” e “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, serem tratados como relativamente incapazes. Esta mudança, decerto, pode ser apontada como um avanço na regulação da limitação da autonomia, já que passou a gradar a autonomia do incapaz por distúrbios mentais, possibilitando-lhe, ao menos, alcançar a incapacidade relativa.

Por outro lado, houve a inclusão dos ébrios habituais e viciados em tóxicos, como relativamente incapazes. E, por fim, manteve-se a incapacidade do indígena, tendo havido a substituição da expressão silvícola, bem como se retirou do texto da lei a necessidade de adaptação para que seja alcançada a capacidade.

Como se pode notar, não houve grandes modificações nas limitações subjetivas gerais da autonomia entre o Código Civil anterior e o atual. A mais digna de nota, posto que mais acertada porque promotora da autonomia, foi justamente a possibilidade de ser o portador de transtornos mentais qualificado como relativamente incapaz e não necessariamente como absolutamente, criando assim um mecanismo que permite limitar de forma menor a autonomia dos sujeitos que não têm a vida tão afetada pelos seus problemas de ordem psíquica.

3.4 INCAPACIDADE NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

A título de comparação, destaca-se também aqui o rol dos incapazes em alguns ordenamentos estrangeiros. Não se objetiva aqui exaurir o regramento do tema noutros ordenamentos, mas tão somente apresentá-los a fim de apontar algumas semelhanças e distinções entre estes e o brasileiro, notadamente no que toca à incapacidade por transtorno mental.

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Em Portugal, é incapaz o menor de 18 anos, não possuindo capacidade para o exercício dos seus direitos, no termos do art.123º, do Código Civil português, sem que se faça ressalva quanto a gradações de idade.

Também não possuem capacidade para o exercício dos seus direitos os interditos, elencados no art.138º, 1, da citada lei. São interditos “todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e seus bens”. Estes interditos sofreriam restrições equivalentes àquelas aplicáveis aos absolutamente incapazes no sistema legal brasileiro.

Tem-se ainda a figura dos inabilitados, elencados no art.152º do mesmo diploma. Os inabilitados, por sua vez, equivaleriam à figura do relativamente incapaz prevista no sistema pátrio, e no ordenamento português se encontram definidos como

os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, embora de caráter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente seu patrimônio.

Note-se que a causa de inabilitação, ao contrário da de interdição, traz ao inabilitado efeito que o impede de praticar unicamente os atos de cunho patrimonial, afetando somente o próprio governo dos bens, mas não da pessoa. Inclusive, a extensão dos atos proibidos ao inabilitado, bem como dos poderes conferidos ao curador, deverão observar as circunstâncias e necessidades de cada caso concreto²²⁸.

No ordenamento espanhol são incapazes os menores, cessando a menoridade aos dezoito anos, nos termos do art.315 do seu Código Civil. São também incapazes, nos termos do art.200, aqueles que por enfermidade ou deficiências persistentes de caráter físico ou psíquico não tenham como se governar. Embora não estejam os pródigos elencados como incapazes, também eles se encontram sujeitos à curatela, nos termos do art.286, 3º.

O Código Civil suíço, por sua vez, inicia o tratamento da incapacidade, nos termos do seu art.16, apontando que esta decorre de estar a pessoa desprovida de agir razoavelmente, o que pode acontecer por conta da sua pouca idade, doença mental, fraqueza de espírito, intoxicação ou por outras causas semelhantes.

Determina ainda que tais pessoas não possuem o exercício dos seus direitos civis (art.17), não produzindo seus atos efeitos jurídicos, ressalvadas as exceções legalmente previstas (art.18). Tais sujeitos não podem contrair obrigações sem o consentimento do seu representante legal,

²²⁸ ASCENSÃO, op. cit., p.159.

mas não se encontram impedidos de consentir para adquirir direitos a título puramente gratuito, nem para exercer os direitos que sejam de cunho estritamente pessoal; respondem, entretanto, pelos danos causados pelos atos ilícitos que praticarem, nos termos do art.19.

Note-se que na legislação suíça está expressamente previsto que a incapacidade não afeta o direito do sujeito de guiar os aspectos unicamente pessoais, ficando as restrições advindas da incapacidade unicamente na esfera patrimonial.

De acordo com o Código Civil argentino²²⁹, são incapazes os menores, cessando tal estado ao completar dezoito anos (art.128)²³⁰. São também incapazes os dementes, sendo tais as pessoas que por conta de alguma doença mental não tenham aptidão para dirigir sua pessoa ou seus bens (art.141), os surdos-mudos que não possam se comunicar por escrito (art.153), bem como os inabilitados (art.152).

O demente seria o equivalente ao sujeito com doença mental no ordenamento brasileiro. Destaque-se que no sistema argentino, ao revés do que acontece no pátrio, consideram-se válidos os atos praticado pelo demente nos intervalos lúcidos²³¹.

O rol dos inabilitados, que se encontra no art.152, bis, inclui além dos já citados dementes, os que por se embriagarem ou fazerem uso de substâncias entorpecentes habitualmente estejam

²²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luis. *Argentina promulga seu novo código civil e comercial*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 19 jan. 2015. Destaque-se que, como informa o autor, teve a Argentina recentemente promulgado novo Código Civil e Comercial, em 8 de outubro de 2014. O novo texto tem o início da sua vigência prevista para 2016, e há mesmo dúvida se chegará a tal, dada as difíceis circunstâncias da sua aprovação, numa votação com 134 deputados a favor e 122 abstenções.

No novo Código a restrição à capacidade está regulamentada nos seguintes termos:

“ARTICULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

²³⁰ Modificação realizada em 2009, sendo anteriormente a maioridade alcançada somente aos vinte e um anos de idade.

²³¹ BORDA, Alejandro, op. cit., p.174.

expostos a praticar atos que possam prejudicar sua pessoa ou patrimônio, bem como os pródigos.

Assim como no sistema português, o inabilitado possui limitações menos severas do que o interdito. Pode ele, em regra, administrar livremente seus bens e até mesmo deles dispor, precisando, entretanto, da autorização do curador neste último caso²³². Mantém também o inabilitado a faculdade de outorgar testamentos e aceitar heranças, de conferir mandato nos limites da sua capacidade, de realizar atos de direito de família, de pagar as dívidas que tenha contraído de modo válido, de praticar ilícito civil, de trabalhar, de intervir em processos criminais que versem sobre questões extrapatrimoniais, bem como de exercer seus direitos personalíssimos²³³.

Para o Código Civil francês a maioridade e a capacidade se alcançam aos dezoito anos (art.414). Os maiores incapazes, por sua vez, são aqueles que não podem cuidar de seus interesses em razão de uma alteração medicamente constante, seja de suas faculdades mentais ou corporais que impeçam de exteriorizar sua vontade (art.425).

O Código Civil chileno, além de considerar incapaz o menor, imputa também incapacidade àqueles que não podem se governar, nem a seus bens, por si mesmos (art.338). São eles os pródigos, os dementes e os surdos-mudos que não possam se expressar por escrito (art.342).

Também o Código Civil italiano considera incapaz o menor, sendo alcançada a maioridade aos dezoito anos (art.2). Além destes, podem ser também interditados ou inabilitados os maiores que por doença mental habitual percam sua capacidade de prover aos seus próprios interesses (art.414).

Por esta breve exposição, se nota, portanto, como o transtorno mental, ainda que apresentado a partir de termos dos mais diversos, é figura constante de causa de incapacidade também nos ordenamentos estrangeiros.

3.5 ABORDAGEM CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA TEORIA DA INCAPACIDADE

Como se pôde notar pela exposição realizada nos tópicos anteriores do presente capítulo, toda a teoria da incapacidade moderna é construída fundamentada na premissa de que o sujeito é

²³² BORDA, Alejandro, op. cit., p.185.

²³³ BORDA, Alejandro, op. cit., p.186-187.

tornado incapaz com o objetivo de protegê-lo. Desta feita, não traria a decretação da incapacidade qualquer prejuízo ao sujeito, pensamento que é acompanhado por parte da doutrina, como se pode notar na fala de Simone Eberle, que diz que

se tal procedimento é discriminatório, não traz ele, porém, qualquer prejuízo aos que se encontrem submetidos ao regime especial de incapacidade de exercício: contrariamente, ao instituir esse sistema, a lei apenas atesta que certas limitações fáticas podem efetivamente comprometer o livre exercício dos direitos, de modo que o cerceamento à atuação dessas pessoas se impõe como medida necessária à proteção dos seus próprios interesses²³⁴.

As visões que apontam neste sentido parecem nutrir fortemente a crença do formalismo lógico-jurídico como solução para os problemas, desconsiderando outros fatores de máxima importância. Observada não apenas a teoria, mas a própria prática envolvendo as situações de incapacidade, o que se percebe é que não vem a teoria da incapacidade atendendo a este fundamento de modo satisfatório.

Há ao menos dois pontos que merecem ser discutidos quanto ao papel desempenhado pela ideia da incapacidade como instrumento de proteção. Um que visa questionar se a incapacidade tem necessariamente característica protetiva e outro que diz respeito a quais interesses a incapacidade visa resguardar.

3.5.1 É a incapacidade instrumento puramente protetivo?

A despeito do quanto já abordado em tópicos anteriores, não se considera aqui que seja verdadeira a premissa de que a incapacidade tenha necessariamente cunho protetivo. Para se chegar a esta resposta é necessário realizar investigação que delimite como, em outros momentos históricos, a incapacidade já foi também utilizada com a finalidade expressa de penalização.

Como se sabe, nas legislações hodiernas ocidentais o que se limita é unicamente a chamada capacidade de fato ou de exercício, que corresponde à capacidade para prática por si dos atos da vida civil. Não são impostas restrições à capacidade de gozo ou de direito, que consistem na potencialidade do sujeito em ser titular de direitos.

Em Roma, entretanto, não se afigurava desta maneira. Primeiro porque partindo da configuração da família extremamente patriarcal, a alguns, como as mulheres, ainda que

²³⁴ EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.138.

maiores, jamais seria conferida capacidade plena, estando submetida sempre à autoridade do *pater familiae*. O mesmo podendo ser dito dos escravos e mesmo dos filhos homens enquanto não formassem seu próprio núcleo familiar.

Por muito tempo apenas o *pater familiae*, cidadão romano, teve capacidade de gozo e de direito. Apenas com o avançar dos anos é que foram estendidas a outros sujeitos, como os estrangeiros, bem como às mulheres²³⁵. Apenas aquele possuía na inteireza os *status libertatis, civitatis e familiae*²³⁶.

Havia, em verdade, toda uma grande gama de fatores, como idade, sexo, enfermidade física e mental, prodigalidade, degradação da honra (infâmia e turpitude), religião, condição social e exercício de cargos públicos e sacerdotais, que de alguma maneira limitavam o status do sujeito e, por conseguinte, sua capacidade de direito e de exercício²³⁷.

Mas, mesmo a capacidade de gozo, não era garantia de capacidade de agir, já que alguns sujeitos, como o *infans*, podia, por exemplo, possuir um patrimônio, mas não podia titularizar obrigações²³⁸.

Havia, inclusive, penas graves (decorrentes de condenação penal) que faziam com que o sujeito passasse automaticamente a ocupar a posição de escravo (*servi poenae*), bem como, no antigo direito, podia virar escravo por determinação direta da lei aquele que não pagasse impostos, não cumprisse o serviço militar ou o censo, desertasse ou não pagasse aos seus credores, dentre outras causas²³⁹, havendo assim perda do *status libertatis*.

Destaca a doutrina que a ocorrência da incapacidade podia ser classificada em causas naturais, inclusas aí a condição de mulher, ser de idade menor, estar privado da vontade, ser ancião (60 anos), e em causas não naturais, como “os condenados a determinadas penas, cujas causas podem ser agrupadas em duas – infâmia e ignominia”²⁴⁰.

O não pagamento ao credor fazia com que sofresse o devedor

²³⁵ JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*: v. I. 4. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, p.109.

²³⁶ *Ibidem*, p.110.

²³⁷ *Ibidem*, p.141-150.; KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.103-106.

²³⁸ JUSTO, op. cit., p.110.

²³⁹ *Ibidem*, p.122.

²⁴⁰ SIDOU, J. M. Othon. A privação dos direitos cívicos nas instituições do povo romano. In: *Revista dos Tribunais*, v.407. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p.19.

uma execução pessoal (*manus iniectio*) que o reduziu a um estado de quase escravidão: o credor era autorizado a encarcerar o *addictus* durante sessenta dias, dentro dos quais podia ser resgatado (em três feiras seguidas), reduzido a escravo (e assim sujeitando-se a ser vendido *trans Tiberim*) e até morto e esquartejado²⁴¹.

Havia ainda várias outras situações que podiam reduzir o sujeito a situações afins à escravatura, como a da *persona in mancipio*, do *colonus*, do *auctoratus*, do *redemptus ab hostibus* e do *homo líber bona fide serviens*, mas que não são aqui abordadas por não serem atingidas como consequência de penalidade²⁴².

Mesmo para os indivíduos inicialmente titulares da plenitude de direitos, existia a possibilidade de perda da capacidade de direito, como modo de *penalidade*, através da *capitis diminutione*, ou diminuição da capacidade. A *capitis diminutione* definida como “a modificação de um status que pode refletir-se no aumento, na diminuição e na extinção da capacidade jurídica”²⁴³, podia ocorrer em diversos graus, de acordo com a gravidade da infração cometida, sendo máxima, pequena (ou média) e mínima. A cada grau correspondia à perda de diversos direitos, podendo o antes cidadão romano chegar a condição similar à do escravo.

Assim é que, nos termos do Livro I, Título XVI, §1º, das Institutas de Justiniano

Dá-se a diminuição máxima de capacidade, quando alguém perde, ao mesmo tempo, a cidadania e a liberdade, (177) como acontece àqueles que por uma condenação terrível se tornam escravos da pena (178); ao liberto condenado por ingratidão para com seu patrono (179); ou ao que se deixou vender para participar do preço. (180)

A diminuição máxima da capacidade, portanto, gerava a perda da liberdade, juntamente com da cidadania e situação familiar, tornando o sujeito escravo, como resultado de uma *poena servitutis*²⁴⁴.

Já a diminuição média ou pequena, nos termos do Livro I, Título XVI, §2º, das Institutas de Justiniano ocorria “quando alguém perde a cidadania, mas conserva a liberdade, (181), o que acontece àquele a quem se interdissse a água e o fogo, ou àquele que foi deportado para uma ilha.(182)”.

E, por fim, no Livro I, Título XVI, §3º

²⁴¹ JUSTO, op. cit. p.131-132.

²⁴² Ibidem, p.128-132.

²⁴³ Ibidem, p.138.

²⁴⁴ JUSTO, op. cit, p.138.

Dá-se a diminuição mínima de capacidade quando alguém conserva a cidadania e a liberdade, mas modifica o seu estado, o que acontece àqueles que foram *sui juris* e se tornaram *alieni juris*.

Inversamente, se o filho de família for emancipado pelo pai, sofre diminuição de capacidade. (183)

Na mínima o que ocorria era tão somente a mudança do estado familiar, podendo gerar, inclusive, aumento da capacidade jurídica, quando, por exemplo, o pai libertava o filho do poder familiar²⁴⁵.

O que se quer frisar aqui, como antes já afirmado, é justamente que a falta de capacidade em Roma não se fundava na ideia de proteção, muito pelo contrário. A falta de capacidade jurídica bem como de exercício, relacionava-se em grande número de situações com uma penalidade ou com o reconhecimento do sujeito como sendo de segunda classe. O fundamento da proteção apresenta-se apenas de modo subsidiário, cedendo espaço para outros que buscavam colocar o *pater familiae* na condição de sujeito detentor do poder na sociedade.

Não é, portanto, a incapacidade necessariamente um instrumento de proteção do sujeito. Ainda que não se relacionando com a ideia de perda da capacidade, mesmo no atual ordenamento brasileiro é possível encontrar a restrição à prática de determinados atos que normalmente podem ser praticados pelos sujeitos capazes sendo aplicada como penalidade.

É o caso, por exemplo, de alguns dos efeitos que devem ser suportados pelo falido nos termos da Lei n.11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Assim é que, nos termos do art.102, o falido “fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações”. Perde ainda o direito de, a partir da decretação da falência ou do sequestro, administrar e dispor de seus bens, consoante norma do art.103.

Repise-se que, conforme dito, não se torna o falido incapaz²⁴⁶, mas muitas das restrições a ele impostas são extremamente similares àquelas sofridas pelos incapazes, sob o fundamento de proteção.

²⁴⁵ Ibidem, p.140.

²⁴⁶ EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.140.

3.5.2 A quem protege a incapacidade?

O argumento original, por óbvio, é de que a incapacidade existe para proteger o incapaz. É justamente por não ter ele o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, de modo que praticá-los sem a interferência de terceiros lhe traria grandes chances de danos, que se retira de todo ou parcialmente a possibilidade de realiza-los.

Acontece que, como já apontado no capítulo anterior, a autonomia, que é ao menos parcialmente perdida quando da decretação da incapacidade, é instrumento essencial para a realização da vida digna do sujeito enquanto ser humano²⁴⁷. A liberdade decorrente da capacidade plena, portanto, seria direito fundamental do sujeito, cuja restrição só poderia se dar diante de outro fator que se colocasse como mais premente no ordenamento.

O que se diz é que esta limitação da autonomia acontece porque não haveria outra opção, já que a recepção pelo ordenamento dos atos praticados por um sujeito que tenha prejudicado seu discernimento acabaria, inevitavelmente, lhe causando mais dano do que proveito. Caso se fosse apontar um conflito entre princípios, se poderia dizer que este se daria entre a liberdade (ou autonomia) e a proteção do vulnerável, de certa maneira abarcada na ideia do princípio da sociabilidade.

Estranhamente, a resolução deste conflito entre princípios, ao contrário de toda a técnica que se costuma aplicar e que determina que devesse a solução se dar diante do caso concreto, não acontece assim nas situações envolvendo a incapacidade. Aqui, diante da decretação da incapacidade, retira-se qualquer necessidade de análise da situação fática concreta, para determinar que a todo e qualquer ato (ou conjunto de atos abrangidos pela interdição) praticado por aquele sujeito incapaz, terá o mesmo destino.

Pouco importa se um contrato de compra e venda celebrado por um sujeito absolutamente incapaz lhe foi extremamente vantajoso ou lhe trouxe enorme prejuízo. A consequência determinada pelo ordenamento será a mesma: nulidade. Começa-se assim a notar que a incapacidade não existe única e exclusivamente no interesse do incapaz.

O que acontece é que se dá a cristalização da autonomia realizada pela capacidade como um fator que dota o ordenamento de condições de operabilidade. Termina, assim, a noção de

²⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.147.

capacidade de fato eclipsando a de autonomia. Desta feita, seria a noção de capacidade “um mal necessário”²⁴⁸. Isto porque a alternativa ao uso da teoria da incapacidade seria a apuração em cada caso concreto das consequências daquele ato para o incapaz, o que traria problemas para a questão da segurança jurídica.

Esta discrepância surge porque a *incapacidade*, considerada como estado, situação jurídica do sujeito, se coloca como um dado estático, ao passo que a *capacidade de discernimento*, que é, aliás, fundamento declarado da anterior, no mais das vezes, se apresenta de modo dinâmico²⁴⁹. O sujeito que é declarado incapaz sofre os efeitos da incapacidade a todo tempo, independentemente da sua factual capacidade de discernimento diante de uma situação concreta. Nesta linha, por exemplo, a inexistência no CC-2002 de exceção à regra da incapacidade no que toca aos atos praticados pelo portador de transtorno mental nos chamados intervalos lúcidos.

Pois então que seja declarado: a teoria da incapacidade, certamente, não existe unicamente para atender ao bem estar do incapaz. Isto porque a noção de capacidade no atual Código Civil continua sendo direcionada para um cunho extremamente patrimonialista, dissociada, portanto, dos princípios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana²⁵⁰.

O primeiro *statute* de língua inglesa a trazer a possibilidade de intervenção, o *De Prerogativa Regis* é do início do século XIV, do reinado de Edward II. Tal *statute* permitia que o rei tomasse os bens e terras dos lunáticos “declarados irreversivelmente incompetentes por uma inquisição”. As preocupações, portanto, recaíam sobre o patrimônio e os direitos dos herdeiros, não sobre a proteção do sujeito em si. Somente em 1714 é que foi editado o *Vagrancy Act*, que, somado a decisões dadas por juízes em 1744, é que passou a estar na pauta questões relativas aos lunáticos que não eram unicamente financeiras²⁵¹.

A teoria da incapacidade, como estruturada no CC-2002, preocupa-se mais com a proteção do patrimônio do incapaz, do que com este. Com isso não se quer dizer que não seja importante a proteção do patrimônio do incapaz, já que, notadamente num mundo capitalista, acaba o patrimônio sendo um fator de realização do ser. Acontece que, dentro de um paradigma que

²⁴⁸ EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil In: Revista Trimestal de Direito Civil, vol.17. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p.181-182.

²⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.155.

²⁵⁰ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. In: Revista de direito privado, vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.100-101.

²⁵¹ ARMSTRONG, Diane G. *The retirement nightmare: how to save yourself from your heirs and protectors*. New York: Prometheus Books, 2000, p.51.

coloca no centro do ordenamento a dignidade da pessoa humana, mesmo a proteção do patrimônio deve ser pensada dentro desta perspectiva²⁵². O que se dá é que, neste afã de proteção do patrimônio do incapaz, com a sua consequente interdição, acabam sendo restringidos também seus direitos existenciais²⁵³.

Além do mais, não bastasse já ter a interdição este cunho eminentemente patrimonialista, não raras são as notícias de casos em que esta proteção do patrimônio do incapaz acaba se dando não na defesa de seus interesses, mas sim de terceiros. A título de ilustração, veja-se trecho de agravo de instrumento que traz à luz o cerne da discussão quanto à nomeação de um curador, em processo que tramitou no ano de 2014, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA):

Alega, em síntese, inadmissibilidade da decisão guerreada considerando sua habilitação no processo de origem, além de violação ao art. 1.75, do Código Civil; existência de vida em comum com o interditando desde 2002, iniciada com união estável, convertida posteriormente em casamento no ano de 2008; *interditando vítima de diversas moléstias, dentre as quais acidentes vasculares cerebrais e cirurgias cardíacas*; considera temerária a referida nomeação, em seu detrimento, já que o mencionado curador não convivia diariamente com o interditando; existência de conflito de interesses entre o interditando e seus filhos Sérgio e Crystiane, ora agravados, *com objetivo de beneficiar a ex-esposa de seu marido, com quem litiga em ações de revisão de pensão alimentícia e partilha de bens*. Resalta a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação decorrente da decisão objurgada, além de ausência de provas acerca da alegada dilapidação do patrimônio do interditando, ensejando sua nomeação como curadora provisória de seu marido.²⁵⁴ (grifos nossos)

Em que pese seja trazido o estado de saúde do interditando, prejudicado por enfermidades diversas, o interesse que leva à propositura do agravo é nitidamente patrimonial e, mais que isso, preocupado com os prejuízos que possa a interdição trazer para terceiros. Importa mais discutir o *patrimônio*, a pensão, a partilha de bens (do sujeito ainda vivo, ressalte-se), do que o bem-estar da *pessoa* submetida à interdição.

Diane Armstrong, ao analisar o problema do grande número de processos visando interditar idosos nos Estados Unidos da América, afirma que os interesses na interdição seriam, na verdade, não de proteção do idoso incapaz, mas de tomar posse do seu patrimônio. Nos

²⁵² ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. In: Revista de direito privado, vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.101.

²⁵³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil: fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos. Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.42.

²⁵⁴ BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). Agravo de Instrumento n.º 005298-07.2013.8.05.000. Agravante: Maria de Fatima Oliveira de Abreu. Agravados: Sérgio Ricardo Carvalho de Matos, Cleobulo Oliveira Matos e Crystiane Carvalho de Matos Fernandes. Relatora: Desª. Lícia de Castro L. Carvalho. Salvador, 21 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

Estados Unidos, prossegue a autora, destaca-se tal movimento por conta da geração anterior ter tido maior experiência de poupança do que as mais recentes²⁵⁵.

Não raramente, também no Brasil, são noticiados casos absurdos envolvendo idosos, muitas vezes na plenitude da sua capacidade, mas que são privados da sua autonomia em prol dos interesses patrimoniais dos seus parentes. Por todos, o recente caso do “idoso” de 62 anos, mantido acorrentado, em cárcere privado, pela própria filha, que o fazia no intuito de sacar para si o benefício da previdência social do pai²⁵⁶.

Problemas deste tipo que, aliás, tendem a se agravar não apenas por conta do envelhecimento da população brasileira, como pela manutenção do problema da pobreza e desigualdade social, sintomático do capitalismo²⁵⁷. Aliás, o envelhecimento da população é fator que acaba por desvelar estes interesses ocultos na interdição. Não sem razão, nos Estados Unidos da América, boa parte dos processos de interdição que são movidos contra idosos estão diretamente relacionados com o interesse em anular testamento feito por estes²⁵⁸.

O interesse na declaração da incapacidade de sujeitos já falecidos deixa muito claro este cunho patrimonial. Em tais casos, o que se quer não é proteger o incapaz, até porque já defunto, mas sim buscar substrato para anulação de atos anteriormente praticados, como doações e testamentos, que tenham sido prejudiciais àquele que ingressa com a ação neste sentido.

Assim, por exemplo, a ação julgada pelo TJ-BA em que pretendia o autor anular doação feita em vida por sua falecida irmã de oitenta anos de idade, para terceiro que teve como filho de criação. Rechaçada em primeira instância a pretensão, foi a decisão mantida pela julgadora de segundo grau, que destacou que a idade avançada por si só não é causa de incapacidade e anulação do negócio jurídico. O ônus da prova quanto à falta de discernimento, prossegue corretamente, cabe àquele que o alega. O que acontecia era tão somente que a falecida era

²⁵⁵ ARMSTRONG, op. cit., p.21.

²⁵⁶ G1-GLOBO. “Idoso é acorrentado e mantido em cárcere privado pela filha em Janaúba”. Disponível em <<http://g1.globo.com>>. Acesso em 10 out. 2014.

²⁵⁷ Inúmeros são os argumentos pelos quais se poderia dissertar sobre as mazelas excludentes e promotoras da desigualdade causadas pelo capitalismo, mas acredita-se que o título de matéria publicada na revista Exame, por si só, já é suficiente: “1% mais rico vai possuir mais que o resto do mundo até 2016”. Disponível em: <exame.abril.com.br>. Acesso em 20 jan. 2015.

²⁵⁸ ARMSTRONG, op. cit., p.63.

“pessoa de personalidade forte, temperamento difícil e humor instável, como é comum, inclusive, nas pessoas idosas”²⁵⁹.

Concordando-se ou não com a generalização feita quanto às pessoas idosas, fato é que se eventuais mudanças de humor podem vir a surgir com a idade avançada, estas por si não justificam de forma alguma a perda da capacidade. Apenas a falta de discernimento, que venha a ser causada por um transtorno mental em função da idade avançada o faria, “tais como arteriosclerose ou doença de Alzheimer”²⁶⁰. No que toca aos idosos, com o envelhecimento crescente da população brasileira, acredita-se que disputas como estas se tornarão cada vez mais frequentes no judiciário.

Diante de tudo que foi exposto resta, portanto, claro, que a incapacidade, em que pese possa ter cunho protetivo do incapaz, muitas vezes é utilizada para fins diversos, mormente voltados a interesses dos mesmos terceiros que, em tese, deveriam ser responsáveis por salvaguardar a integridade pessoal e patrimonial dos incapazes.

²⁵⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). Apelação n.º 00380-71.209.8.05.0170. Apelante: Cleobaldo de Oliveira Barreto. Apelado: Edigar Dourado Lima. Relatora: Des^a. Cynthia Maria Pina Resende. Salvador, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

²⁶⁰ ABREU, op. cit., p.109.

4 ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS OCIDENTAIS DE TRATAMENTO DO PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL

Cada pessoa é única. Seja por força das diferenciações genéticas, seja por força do contexto cultural ou experiências de vida, cada sujeito é um ser diferente dos demais. Isso de modo algum significa que não haja traços comuns que permitam reunir a todos enquanto seres humanos, mas tão somente que a diferença também lhes é um fator inerente.

Essas diferenças entre os sujeitos se manifestam em diversos graus. Há uma fronteira de diferenciação socialmente aceita, em que se enquadra o sujeito tido como normal. Nem todos, entretanto, se encaixam dentro dos limites de tais fronteiras. Esses, que enxergam e interagem com o mundo para além das fronteiras da normalidade, são frequentemente considerados como os anormais.

Os critérios de normalidade e anormalidade, mais do que simplesmente consequências de fatores biológicos e químicos, o são com base na análise humana realizada sobre os mesmos. Assim é que a definição e regulamentação do patológico depende também de fatores culturais e transdisciplinares, passando por conhecimentos da área da medicina, da psicologia e do direito, sem que se pretenda estar realizando rol taxativo.

O que desde já não se pode perder de vista é que essa classificação quanto à normalidade, como qualquer outra que envolva questões axiológicas, não é neutra²⁶¹. E isso inclui a própria regulamentação legal do tema, já que também a lei, bem como seu processo democrático de elaboração, também não são instâncias neutras²⁶². Sintetizando, nas palavras de Calmon de Passos, “inexiste saber neutro, valioso por si próprio, sendo sempre o *saber de alguém e um saber para algo*”²⁶³. Isso é especialmente verdadeiro em diversas questões abarcadas pelo Direito, já que

os juízos de valor não são susceptíveis de confirmação científica, pois que se não fundam em percepções, como os juízos sobre factos, que são susceptíveis de corroboração através da observação e da experimentação, e assim apenas possibilitam conferir expressão à convicção pessoal de quem emite o juízo²⁶⁴.

²⁶¹ PANIKKAR, Raimon. É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.7.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa, Instituto Piaget, 1994, p.141.

²⁶³ CALMON DE PASSOS, J. J. *Direito poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.7.

²⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p.2.

Como anuncia Michel Foucault, saber e poder não são antinômicos, mas sim andam em conjunto, já que “por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder”²⁶⁵. Isto não justifica, entretanto, um abandono do esforço metodológico ao abordar tais questões. Ao se reconhecer que se pesquisa no Direito com um método de pensamento orientado a valores²⁶⁶, não se está abrindo espaço para construções arbitrárias, mas sim, de antemão, reconhecendo as especificidades e limitações de tais resultados conceituais.

Desta feita, o anormal é um sujeito com diferentes características nos diversos momentos históricos e espaços geográficos. Cada sistema possui critérios distintos para classificar quem é normal e quem não é. Entretanto, dentre as diversas categorias de anormais, uma tem presença constante nos sistemas atuais bem como ao longo da história da humanidade: a do louco.

Este texto objetiva justamente analisar o modo como dentro do chamado modelo ocidental este sujeito, o louco, daqui por diante referido prioritariamente como portador de transtorno mental, foi e é tratado a partir de diversas perspectivas sistêmicas ao longo do tempo. Destaque-se desde já que a abordagem realizada nesse momento é multidisciplinar, como exige o tema em questão. Pretende-se analisar muito mais a práxis do que eventuais determinações legais sobre o tema, que são melhor trabalhadas em outros capítulos.

A metodologia aqui utilizada para comparação dos sistemas é, em parte, similar à proposta por Mario Losano, pois parte de uma abordagem histórica dos sistemas²⁶⁷ que tratam da loucura. Distingue-se, entretanto, da metodologia do autor por dois motivos. Primeiro porque o direito positivo, conforme já frisado, aparecerá apenas de modo incidental, não sendo o único foco de análise. Em segundo lugar porque não se considera possível realizar análise de um ordenamento positivo que possa prescindir ou colocar em segundo plano as questões filosóficas²⁶⁸. Como já se disse antes, não há posições neutras.

O Direito, ao regulamentar os caminhos do portador do transtorno mental, possui certo limite de ação. Primeiro, num âmbito quase que estritamente jurídico, é da sua competência fixar os parâmetros que deverão ser observados para indicar que atos praticados por tais pessoas são recepcionados pelo ordenamento jurídico. Aqui se situam as questões trabalhadas no capítulo anterior sobre a incapacidade, que termina refletindo noutras, como a da nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos por eles praticados.

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p.56.

²⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p.3.

²⁶⁷ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.L.

²⁶⁸ *Ibidem*, XLIII.

Em segundo lugar também é da sua competência, embora claramente não mais no âmbito estritamente jurídico, fixar as políticas públicas que regerão a atitude do Estado frente ao portador de transtorno mental. Neste rol de atuação do Direito está, por exemplo, a adoção de um sistema de saúde pública mais voltada à internação ou ao tratamento ambulatorial.

O objetivo desse capítulo se volta mais ao segundo ponto do que ao primeiro. Isso porque o que interessa aqui é verificar os sistemas que são construídos para regulamentar a vida do portador de transtorno mental.

Esse segundo ponto, como já dito, afasta-se ao menos parcialmente do âmbito de atuação do Direito, já que para além da esfera do dever-ser, implicará a sua observância e execução à atuação de profissionais de outras áreas, como psicólogos, enfermeiros e, sobretudo, o médico psiquiatra a quem normalmente é dado o controle de tais instituições.

Ainda no que toca ao Direito, note-se que a simples existência de regulamentação à parte já denota que há um tratamento diferenciado. A base de justificação desse tratamento, seja ele qual for, costuma ser fundada sobre o argumento de proteção dos interesses do portador do transtorno mental. Ou seja, com uma mesma justificativa constroem-se, muitas vezes, sistemas que são completamente diferentes.

4.1 OS TEMPOS DESREGRADOS

Apesar da visão hoje ainda muito comum que relaciona o portador de transtorno mental com o tratamento asilar, os registros históricos demonstram que tal não se deu desde sempre. É fato que sempre houve sujeitos diferentes, uma vez que, como afirmado, a diferença é traço essencial da humanidade. É certo também que muitas vezes esses sujeitos eram rotulados como anormais. Nenhum desses fatores, entretanto, implicava necessariamente na sua condenação à segregação e isolamento.

É que, nesse primeiro momento, sequer se pensava numa política de saúde mental. Não havia ainda se formado um saber destinado a escrutinar e manter poder sobre o sujeito portador de transtorno mental, de modo que acabavam sendo somente mais um fator que integrava a sociedade. Essa primeira fase, portanto, não se caracteriza por um sistema de tratamento do portador de transtorno mental, mas sim por sua ausência.

Caso se queira remeter a análise até remotas eras, arcando com o risco de maior imprecisão de relatos, se notará que muitas vezes sujeitos que hoje seriam considerados como loucos em verdade guardavam posições de destaque. Assim, por exemplo, muitos oráculos da Grécia Antiga, que por suas crises convulsivas e visões do além teriam certamente sido internados houvessem vivido na fase seguinte.

A relação com a loucura era outra, não sendo ela colocada necessariamente como algo negativo, o que se pode notar com o auxílio da obra “O elogio da loucura”, do teólogo Erasmo de Rotterdam, escrita em 1509. Nela faz interessante comparação, apontando que muitos dos santos católicos poderiam ser considerados como loucos. Se nem todos teriam sido como São Paulo, que chega a ser descrito no texto com a adocicada alcunha de extravagante, a própria conduta praticada ao extremo de amor e zelo de piedade, seria caracterizável como loucura. Afinal, “quem não trataria como loucos, e como loucos em último grau, aqueles homenzinhos que levam uma vida totalmente diversa da dos outros mortais?”²⁶⁹.

Interessante notar como, por conta da leitura do comportamento do sujeito a partir da visão de que ele se relaciona com o sagrado, situações que poderiam ser classificadas como loucura noutras circunstâncias, acabam por ser tidas como afeitas ao divino e portanto não censuráveis, ao contrário, festejáveis. Neste rol, relata Erasmo de Rotterdam coisas tais quais falas desconexas, transfiguração da fisionomia, mudanças repentinas de humor e perda de memória, todas, entretanto, acompanhadas de sentimento de grande felicidade²⁷⁰.

Noutra passagem, em concordância com Platão, descreve de modo elogioso o furor dos amantes, afirmando que seria este de todos o mais feliz²⁷¹. É interessante destacar essa passagem, especialmente porque, como se verá, a sexualidade é sempre tomada como elemento para análise da normalidade.

²⁶⁹ ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da loucura*. São Paulo: Atena, 2002. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 19 dez 2014, p.66.

²⁷⁰ Ibidem, p.69. “Para vos falar novamente daqueles aos quais Deus, por um favor todo especial, concede a graça de gozar antecipadamente as delícias da beatitude dir-vos-ei que são eles em número muito reduzido e que, além disso, estão sujeitos a certos sintomas que muito se assemelham aos da loucura: suas palavras são desconexas e fora do uso humano, ou, mais claramente, não sabem o que dizem; sua fisionomia transforma-se a cada momento, e ora estão alegres, ora melancólicos; choram, riem, suspiram, numa palavra, estão inteiramente fora de si.

Acontece que voltam os seus sentimentos? Protestam que positivamente não sabem de onde vêm nem se existem somente na alma ou também no corpo, nem se estarão acordados ou dormindo. E de tudo depois que viram, ouviram, disseram, ou não se recordam ou fazem uma idéia tão confusa como se tivessem sonhado.

Só sabem de uma coisa: que se acham felicíssimos no seu delírio. Eis porque sofrem a convalescença do cérebro e tudo sacrificariam de bom grado para serem perpetuamente loucos nessas condições. No entanto, toda essa felicidade não passa de uma tenuíssima migalha da mesa celeste: imaginai, agora, o que não será o eterno banquete!”

²⁷¹ Ibidem, p.68.

Não apenas no momento da obra escrita por Erasmo de Rotterdam, que vai de encontro à prática da Igreja Católica, ao elogiar o estado mental dos amantes, mas também quando se passa ao domínio da psiquiatria, anormalidades diversas costumam ser referenciadas às condições sexuais, como a própria questão do onanismo, apontado por Foucault²⁷².

Em parte, o tratamento da loucura de modo diverso ao atual, se dava por conta do sistema de produção econômico vigente, que não implicava na incapacitação daquele sujeito enquanto membro útil à comunidade. Não se ver o sujeito como inútil diminui a distância de que dele os demais sujeitos se enxergam, dificultando assim o interesse em práticas de segregação.

Outro fator, igualmente relevante, diz respeito à própria inexistência dos locais para a ocorrência dessa segregação. Até a Idade Clássica, os loucos pobres vagueavam pelas ruas sem maiores restrições, enquanto que aqueles nascidos em famílias mais abastadas costumavam ser mantidos em suas próprias residências, de preferência à distância dos olhares curiosos dos outros²⁷³.

Este relato, aliás, é confirmado não só por relatos de obras científicas, mas também pela ácida literatura de Machado de Assis, em “O Alienista”, obra escrita pouco mais de trinta anos após a criação do primeiro hospício do Brasil, como se verá no tópico seguinte. Narra o autor que “assim é que cada louco furioso era trancado em uma alcova, na própria casa, e, não curado, mas descurado, até que a morte o vinha defraudar do benefício da vida; os mansos andavam à solta pela rua”²⁷⁴.

Prática mais comum de afastamento, entretanto viável somente nas cidades portuárias, consistia em pagar ao capitão de algum navio mercante para que fosse o louco nele embarcado e encaminhado para outra cidade, onde seria abandonado. De acordo com Foucault, aí estaria a inspiração do quadro de Bosch, comumente traduzido para o português como “A nau dos loucos”²⁷⁵.

Nos primeiros anos do Brasil Colônia o quadro não era muito diferente. Não havia nenhuma política direcionada aos portadores de transtorno mental. Praticamente não existem relatos a respeito, de modo que é de se supor que os loucos que não traziam risco para os outros sujeitos, os chamados “loucos mansos”, simplesmente vagavam pelas ruas das cidades, sem maiores restrições, vivendo muitas vezes de caridade, como qualquer outro mendigo. Já

²⁷² FOUCAULT, Michel. Resumo dos cursos do Collège de France. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p..

²⁷³ FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2012, p..

²⁷⁴ MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. O alienista. In: *Obra Completa*, v.II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 12 dez 2014.

²⁷⁵ FOUCAULT, História da loucura, p.15.

aqueles violentos, provavelmente eram recolhidos às prisões, como qualquer outro criminoso comum, embora a prática não pareça ter sido muito difundida²⁷⁶.

4.2 O SISTEMA ASILAR

A transmissão da liberdade que em certo grau gozavam os portadores de transtorno mental para a sua situação de reclusão se dá por uma série de fatores já aventados no tópico anterior, mas que serão neste desenvolvido.

Realizar-se-á a abordagem de tal processo mostrando inicialmente como se deu a formação do sistema asilar no sistema europeu ocidental. Esta é uma escolha de recorte que se faz, por conta de ter sido o sistema europeu ocidental aquele que de modo mais direto influenciou o brasileiro. Assim, parte-se inicialmente da análise das influências estrangeiras mais diretas sobre o modo como se desenvolveu o sistema asilar no Brasil, para só então se passar de modo específico à abordagem deste.

Destaque-se ainda, já de saída, que a internação, no dizer de Foucault, pôde servir a mais de um objetivo. Se inicialmente servia unicamente como prática de exclusão, como uma confirmação da situação já marginal do portador de transtorno mental, passa depois a servir como instrumento de fixação, de normalização do indivíduo²⁷⁷.

4.2.1 O sistema asilar no sistema europeu ocidental

O primeiro movimento de exclusão acontece ainda não dotado da justificativa fornecida pelo arcabouço psiquiátrico. Por um lado ele se dá de certa forma vinculado à Revolução Industrial que faz surgir, principalmente nos grandes centros urbanos, uma massa de desocupados. A mendicância errante dos desempregados se une àquela dos loucos, criando uma massa de sujeitos indesejáveis socialmente.

²⁷⁶ RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000, p.31.

²⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013, p.112-113.

O processo de higienização social para a exclusão desses sujeitos se dá de forma indiscriminada. Não há no primeiro momento qualquer distinção entre o louco, o criminoso e o mendigo. Todos são retirados da rua com um mesmo destino, que é a prisão²⁷⁸.

É importante destacar também que após o controle significativo da lepra, que havia sido trazida para a Europa continental principalmente como fruto das Cruzadas, os leprosários, que haviam sido construídos especificamente para abrigar os afligidos por tal moléstia, passam a ser construções desocupadas e, portanto, aptas a receber o seu próximo cliente de exclusão, que é, primeiramente o portador de doença venérea, seguido justamente pelo portador de transtorno mental²⁷⁹.

O quadro completo da exclusão do louco, pautado num sistema de racionalidade, só se forma a partir do desenvolvimento da psiquiatria. Somente quando esta se firma como saber-poder é que se tem formadas as bases que sustentarão por longos anos o procedimento asilar, que coloca a internação no papel de melhor alternativa para o tratamento do portador de transtorno mental.

O isolamento do louco em alas ou instituições reservadas especificamente a ele, separados de demais doentes, é algo que já encontra registro no mundo árabe, por exemplo, talvez desde o século VII, em Fez, final do século XII, em Bagdá, e certamente no século XIII, no Cairo. Buscava-se nessas instituições uma cura da alma através principalmente de intervenções artísticas envolvendo música, dança e outros espetáculos²⁸⁰. Um sistema, vale destacar, bastante diferente daquele que vem a ser encontrado nas suas primeiras instituições congêneres europeias de cuja descrição se ocupará prioritariamente o presente tópico.

Na Europa os primeiros registros de hospitais ou alas para os portadores de transtorno mental se dão nos séculos XIV e XV, na Espanha, Inglaterra e Alemanha²⁸¹. No século XVII a internação se coloca na Europa Ocidental não apenas como um caminho para o tratamento dos portadores de transtorno mental, mas como uma resposta à crise econômica, servindo para retirar das ruas os indesejados produtos da pobreza²⁸².

O sistema de internação se desenvolve dentro do hospital psiquiátrico, ou mais precisamente do manicômio. Esta instituição, quando funcionalizada para a internação, se enquadra naquilo que Goffman define como sendo uma instituição total, ou seja, “um local de residência e

²⁷⁸ FOUCAULT, *História da loucura*, p.55.

²⁷⁹ FOUCAULT, *História da loucura*, p.6-8.

²⁸⁰ FOUCAULT, *História da loucura*, p.120.

²⁸¹ *Ibidem*, p.120-121.

²⁸² *Ibidem*, p.66; DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999. p.15.

trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”²⁸³.

Outras instituições como os quartéis, escolas internas, conventos, campos de concentração e prisões também podem ser classificadas como instituições totais, partilhando todas de algumas características comuns, bem como possuindo cada uma suas especificidades. Dado o objetivo do texto, só se tratará aqui de pontos comuns e dos especificamente aplicáveis aos manicômios e hospitais psiquiátricos.

O ponto de maior convergência entre todas as instituições totais é a busca pelo controle sobre os indivíduos que nela se encontram²⁸⁴. Os sujeitos podem estar lá para atender a interesses da nação ou de um deus, receber educação, serem curados, punidos ou mesmo exterminados. Em comum, estão submetidos a um sistema que busca controlá-lo nas mais íntimas medidas.

Para alcançar tal objetivo, uma das características das instituições totais é o seu fechamento em relação ao mundo externo. Fechamento esse que se dá tanto a partir de barreiras físicas, como altos muros que impeçam a fuga ou mesmo visualização do exterior, como também a partir de barreiras de ordem psíquica, com muitas vezes a proibição não só de obtenção de informação quanto ao mundo externo, como também de contato com pessoas que dele provenham²⁸⁵. A ordem do dia é de ruptura, pois sem ela se tornaria muito mais difícil estabelecer o controle pretendido.

Na internação manicomial essa ruptura com o mundo externo é colocada, inclusive, como algo que seria do interesse do paciente. Ocorre a ruptura e o fechamento pois seriam eles fatores favoráveis para a realização do seu tratamento.

A internação em suas origens tem não somente a ideia de exclusão, mas também a de correção. Em pleno século XVII, estabelece-se um sistema em que as penas aplicadas à loucura são similares às aquelas aplicadas à devassidão, aproximando-a da ideia de pecado²⁸⁶.

Este pensamento surge de modo muito claro no movimento asilar levado a cabo pelos Quakers na Inglaterra, sob a gestão de Tuke, no século XVIII, em que se criou *O Retiro*. A

²⁸³ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.11.

²⁸⁴ Sobre o tema, nunca inoportuno lembrar ao menos alguns trechos da letra de “Another brick in the wall”, do Pink Floyd: “We don't need no education/ We don't need no thought control/ No dark sarcasm in the classroom/ Teachers leave us kids alone (...) I don't need no arms around me/ And I don't need no drugs to calm me/ I have seen the writing on the wall/ Don't think I need anything at all”.

²⁸⁵ GOFFMAN, op. cit., p.16-17.

²⁸⁶ FOUCAULT, *História da loucura*, p.87.

doença seria fruto não da natureza humana, mas sim da própria sociedade, como “emoções, incertezas, agitações, alimentação artificial”²⁸⁷.

Em paralelo, porém com um histórico consideravelmente diferente, é entregue a Pinel, então já renomado médico, o controle do Bicêtre, estabelecimento na França que operava como tradicional local de confinamento dos sujeitos considerados loucos. Aqui não se pode deixar de considerar alguns fatores.

O primeiro, que a chefia foi confiada a Pinel no efervescente período pós Revolução, mais precisamente no dia 28 brumário, ano III do calendário revolucionário, ou seja 19 de novembro de 1798. Este fator tem relevância pois traz o reflexo de que se encontravam no Bicêtre não apenas a regular clientela destas instituições que acabavam por abarcar os indesejados sociais, mas também eventuais presos políticos, e até mesmo refugiados políticos que buscavam se esconder em meio à turba desordenada que ali se encontrava²⁸⁸.

O outro fator relevante é que a entrega da chefia do estabelecimento a Pinel que, como se disse, já era renomado médico, se configura um marco de como já se reconhece o domínio da ciência médica sobre a loucura²⁸⁹. Já a esta época, ainda que integrando minoria, havia médicos, como o próprio Pinel, contrários às práticas empregadas no manicômio. Não à toa tornou-se célebre a sua decisão de desacorrentar os internos²⁹⁰. A verdade é que as origens da posterior reforma psiquiátrica tiveram seu combustível na crescente constatação, seja pelos médicos e trabalhadores de saúde mental, pelos pacientes, ou pela comunidade, dos abusos ocorridos no ambiente do manicômio.

4.2.2 O sistema asilar no Brasil

No Brasil, de acordo com Resende, num primeiro momento mesmo as Santas Casas de Misericórdia, que tratavam dos doentes, órfãos, velhos e demais necessitados carentes no Brasil nos séculos XVI e XVII, não realizavam o acolhimento dos loucos²⁹¹.

²⁸⁷ Ibidem, p.468.

²⁸⁸ FOUCAULT, *História da loucura*, p.463.

²⁸⁹ Ibidem, p.464.

²⁹⁰ Ibidem, p.459.

²⁹¹ RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000, p.31.

Em verdade, os loucos só passam a ser mais merecedores de atenção social por força de fatores outros. É que, segundo os relatos históricos, no período escravocrata, seja pela falta de oportunidade, seja por opção, formou-se uma massa de sujeitos desocupados que em certo momento passa a causar transtorno social. É nesse contexto, como parte dos sujeitos perturbadores da ordem e paz social que o louco começa a ser notado²⁹².

Passam, inclusive, a ser recolhidos às Santas Casas de Misericórdia, embora recebendo tratamento diferente dos seus regulares clientes, sendo lançados em locais fétidos²⁹³, “amontoados em porões, sem assistência médica, entregues a guardas e carcereiros, seus delírios e agitações reprimidos por espancamentos ou contenção em troncos, condenando-os literalmente à morte por maus-tratos físicos, desnutrição e doenças infecciosas”, ou mesmo às prisões, tratados de modo igual a todos os criminosos ali encarcerados²⁹⁴.

Não sem motivo, portanto, há relatos de protestos quanto à situação do tratamento dado aos loucos na Santa Casa de Misericórdia, já em 1830²⁹⁵, às vésperas da inauguração do primeiro hospício do Brasil.

A despeito desses problemas, nessa mesma época não havia interesse do Poder Público em criar hospitais especiais para os portadores de transtorno mental, havendo declaração no sentido de que os mesmos consistiriam em agravamento do problema e não em solução, por conta de “despesas elevadas, má administração, abusos de toda ordem, incômodos...”²⁹⁶. O quadro dos portadores de transtorno mental sendo recolhidos somente às Santas Casas de Misericórdia, juntamente com necessitados de toda espécie persiste, portanto, até o início da década de 1850.

Não há, nesse momento, nenhuma preocupação com o tratamento do louco, mas tão somente com a sua exclusão do meio social onde se situava como elemento perturbador²⁹⁷. Há movimento então de um primeiro momento em que o louco simplesmente transitava livremente pelas ruas ou se encontrava encarcerado pela própria família, para um segundo momento em que, ao menos para esse louco pobre que vagava pelas ruas como elemento

²⁹² Ibidem, p.35.

²⁹³ BASTOS, Othon. *História da psiquiatria em Pernambuco e outras histórias*. São Paulo: Lemos, 2002, p.27.

²⁹⁴ RESENDE, op. cit., p.35.

²⁹⁵ ORNELLAS, Cleuza Panisset. *O paciente excluído: história e crítica das práticas médicas de confinamento*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.110.

²⁹⁶ WADI, Yonissa Marmitt. *Palácio para guardar doído: uma história das lutas pela construção do hospital de alienados e da psiquiatria no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p.45.

²⁹⁷ VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.169. ‘Quando a loucura rompe com a paz social, o caminho quase invariável é o hospital, configurando-se, com facilidade, o amálgama entre trabalhar com a loucura e trabalhar com o que é indesejável para a sociedade’.

perturbador da ordem, passa o sujeito a sofrer o encarceramento como mecanismo de higienização social. Não há nessa primeira segregação o argumento de que ela se dê para curar ou readaptar o louco; ela pura e simplesmente se admite como elemento de exclusão.

Formalmente, no Brasil, o procedimento de institucionalização do doente mental só começou realmente em 1852, com a criação do Hospício Pedro II, no Rio de Janeiro. Não que a criação de hospícios e hospitais psiquiátricos tenha mudado o quadro de exclusão do louco. O que tais eventos geraram foi, a exemplo do já ocorrido na Europa, o referendo pela ciência, notadamente através da psiquiatria, para práticas que já aconteciam anteriormente pela simples práxis social. Ao Hospício Pedro II se seguiram diversos outros em São Paulo, Pernambuco, Bahia e Pará²⁹⁸.

O Hospício Pedro II, que tinha sua direção subordinada à Santa Casa de Misericórdia, foi criado com capacidade para 350 pacientes, tendo já em sua abertura 144 e sua capacidade total preenchida antes de um ano de funcionamento²⁹⁹. Destaque-se que a separação do Hospício Pedro II da Santa Casa de Misericórdia só veio a se dar em 1886, com a chegada de Teixeira Brandão à direção daquele³⁰⁰.

A já citada obra de Machado de Assis, bem representa os exageros da internação desprovida de parâmetros. Também a fictícia Casa Verde alcança rapidamente sua lotação e com a mais diversificada clientela. Loucos por amor, mania de grandeza, virtudes em excesso, tudo em breve se tornou caso para internação, até o ponto de se ter na cidade, licença poética da obra, mais gente dentro do que fora dos muros do manicômio³⁰¹.

A criação do Hospício Pedro II seguiu os parâmetros de pensamento da época. Primeiro por ter sido criado num local então isolado, de difícil acesso, a Praia Vermelha, justamente para evitar a influência negativa do contato do louco com o mundo externo. É que, por influência dos pensamentos de Pinel, o asilo devia ser um local tranquilo, calmo, sem os problemas do mundo exterior, no qual se propiciaria a melhoria do doente³⁰².

Ademais, havia o intento classificatório, de modo que se dividiam os internos por diversos critérios. Um deles, o da categoria econômica, determinava que existissem acomodações de primeira classe, em que havia um interno por quarto, segunda classe, com dois internos por

²⁹⁸ RESENDE, op. cit., p.38.

²⁹⁹ Ibidem, p.37.

³⁰⁰ BRASIL. Centro Cultural Ministério da Saúde. *Memórias da loucura*. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 20 dez 2014.

³⁰¹ MACHADO DE ASSIS, op. cit., *passim*.

³⁰² ORNELLAS, op. cit., p.110; RESENDE, op. cit., p.37-38.

quarto, e terceira classe, que eram as enfermarias com até quinze pessoas. Outro critério classificatório os dividia em tranquilos limpos, agitados imundos, e portadores de moléstia contagiosa. Veja-se que os critérios, no mais das vezes, não atendiam a quaisquer parâmetros médicos³⁰³.

Também se verifica que já no Hospício Pedro II se preconizava pela vigilância contínua, não havendo momentos em que os internos estivessem desacompanhados. A essa vigilância somava-se o controle e distribuição do tempo dos internos, com a divisão do tempo entre tarefas mais diversas, a fim de evitar o ócio e permitir o controle. O tratamento terminava tendo muito mais um viés moral, de educação, do que de medicação. Não à toa, eram os internos recompensados pela assiduidade e docilidade³⁰⁴.

Saliente-se, entretanto, que há registros sobre como as tarefas eram desigualmente distribuídas entre os internos abastados e os desprovidos de recursos, ficando os últimos com trabalhos braçais, enquanto que os primeiros com ocupações relacionadas com a biblioteca, a música e as artes³⁰⁵.

Na Bahia o primeiro hospital psiquiátrico foi o Asilo São João de Deus, fundado em 24 de junho de 1874, no Solar Boa Vista, no bairro de Brotas, na capital. Asilo este que, em 1936 foi rebatizado como Hospital Juliano Moreira, e que, em 18 de março de 1982, dada a degradação da sua sede inicial, foi transferido para novas instalações no bairro de Narandiba, à época pouco povoado, também na capital, onde se mantém até o momento³⁰⁶.

Diante do grande número de hospitais psiquiátricos surgidos mais ou menos nos mesmos parâmetros, opta-se nesse texto por aprofundar a análise dos fatos ocorridos ao longo do funcionamento do Colônia, em Barbacena. A escolha se justifica tanto pela questão metodológica de haver maior material detalhado sobre o caso, como também por ser um exemplo do grau de atrocidade a que se pode chegar nesse tipo de tratamento que envolve a internação e ruptura da relação do paciente com o mundo exterior.

A primeira legislação a tratar especificamente do transtorno mental no Brasil, foi o Decreto n.1132, sancionado em 22 de dezembro de 1903, e conhecido como Lei de Assistência aos Alienados. Sua relatoria coube ao antigo diretor do Hospício Pedro II e então deputado federal, Teixeira Brandão.

³⁰³ ORNELLAS, op. cit., p.112.

³⁰⁴ ORNELLAS, op. cit., p.113.

³⁰⁵ Ibidem, p.114.

³⁰⁶ VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.24-25.

Já seu artigo 1º, reflete de modo claro como era uma lei amoldada ao pensamento da época, trazendo a internação como a medida natural a ser adotada diante do transtorno mental. Há, portanto, toda uma condução da política pública para a construção de manicômios, já que foram estes colocados como o modo central de tratamento.

É verdade que, formalmente, a Lei de Assistência aos Alienados já trazia alguns requisitos para que pudesse ser realizada a internação (art.2º), mas estes, como mostram os diversos registros, alguns dos quais serão abaixo reproduzidos, eram amplamente relativizados. A internação, entretanto, não é a única forma de tratamento possível legalmente prevista, sendo facultado o tratamento domiciliar, quando houver condições para tanto (art.3º).

É certo que, embora gravitando em torno do sistema asilar, trazia a lei também alguns pontos louváveis de garantias ao portador de transtorno mental. Assim, por exemplo, garantia no art.5º, poder o “enfermo de alienação mental”, a qualquer tempo, solicitar que lhe fosse realizado exame de sanidade para comprovar a mudança do seu estado, ou mesmo por não ter sido esse realizado quando da sua admissão. Na mesma linha, no seu artigo 10º, proibia a manutenção dos alienados em cadeias públicas ou entre criminosos.

Preocupação também houve com a própria administração dos manicômios, como se pode depreender pela leitura do art.13, que a seguir se reproduz na íntegra, posto que será extremamente útil enquanto instrumento comparativo entre a previsão legal e a realidade subjacente.

Art. 13. Todo hospicio, asylo ou casa de saude, destinado a enfermos de molestias mentaes, deverá preencher as seguintes condições:

1ª ser dirigido por profissional devidamente habilitado e residente no estabelecimento;

2ª instalar-se e funcionar em edificio adequado, situado em logar saudavel, com dependencias que permittam aos enfermos exercicios ao ar livre;

3ª possuir compartimentos especiaes para evitar a promiscuidade de sexos, bem como para a separação e classificação dos doentes, segundo o numero destes e a natureza da molestia de que soffram;

4ª offerecer garantias de idoneidade, no tocante ao pessoal, para os serviços clinicos e administrativos.

No mesmo ano, abriu-se em Barbacena o Hospital Psiquiátrico que veio a ser conhecido como Colônia. Nele se puderam constatar todos os aspectos negativos que podem ser esperados de uma instituição do gênero, contrariando na prática até mesmo a Lei de Assistência aos Alienados com a qual, em tese, deveria estar firmemente alinhado. Não que tenha sido ele

uma realidade isolada, como é destacado na abertura do documentário “As portas da razão”³⁰⁷, mas a vasta publicização que se deu ao caso, o torna exemplar ponto de análise.

O procedimento de internação era completamente desprovido de critério. Seus clientes eram, além dos portadores de transtornos mentais, outros indesejáveis de toda sorte. Assim, por exemplo, o caso de Maria de Jesus, internada em 1911 por “tristeza”³⁰⁸. Ou o de Geralda Siqueira Santiago Pereira, empregada doméstica que, após engravidar aos quinze anos após reiterados abusos e estupro por parte do seu patrão, advogado, pai de família, foi para lá encaminhada, como meio de solucionar o problema. Ou ainda Conceição do Machado, filha de um fazendeiro, encaminhada para o Colônia por ter questionado ao seu pai a razão pela qual trabalhando na fazenda na mesma medida que seus irmãos, ganhava menos³⁰⁹.

As histórias são inúmeras, mas estas três ilustram de modo significativo o uso do Colônia como mecanismo de exclusão social. Não à toa o “trem dos doidos” que seguia trajeto recortando o Brasil e despejava continuamente os indesejados no Colônia³¹⁰, seu destino final, à imagem e semelhança da nau dos loucos, descrita por Foucault na Idade Clássica.

Sem contato com o mundo exterior, os abusos sofridos eram de toda sorte. A substituição das camas por capim no chão onde os internos dormiam, urinavam e defecavam, trancados à noite no pavilhão, para no dia seguinte voltar a dormir no mesmo capim que, quando muito, era submetida a um banho de sol. E, o pior, o reconhecimento e a indicação da adoção do chamado leito chão por parte do poder público em 1959³¹¹.

A ausência de alimentação adequada, com diversos internos bebendo inclusive água de esgoto que corria a céu aberto no pátio da instituição. O leite, por exemplo, vinha em tambores e era distribuído uma vez por semana, havendo instrução aos funcionários que o servissem à vontade, com muitas crianças bebendo até vomitar. O excedente deveria ser jogado fora, pois os tambores deveriam ser devolvidos vazios para que os funcionários responsáveis por sua distribuição não fossem punidos³¹².

³⁰⁷ RATTON, Helvécio. *As portas da razão*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 10 mar 2013.

³⁰⁸ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013, p.25.

³⁰⁹ Ibidem, p.39.

³¹⁰ RATTON, op. cit.

³¹¹ ARBEX, op. cit., p.25.

³¹² Ibidem, p.92.

A não separação dos pacientes, convivendo adultos e crianças, homens e mulheres, muitas vezes nus, prostrados no pátio e até cobertos por moscas, é fato documentado de modo chocante³¹³.

A aplicação desregrada da eletroconvulsoterapia, realizada por pessoas sem qualquer formação médica, levando à morte de uma série de internos, muitas vezes na sessão de um único dia³¹⁴.

A venda de mais de mil e oitocentos corpos às faculdades de medicina por cerca de duzentos reais em valores atualizados³¹⁵ e, quando este mercado não mais encontrava escoamento, a ainda mais atroz diluição dos corpos em tanques de ácido, em pleno pátio e à vista dos internos, para que fossem então os crânios vendidos às faculdades de odontologia³¹⁶.

A narrativa de atrocidades poderia se estender bastante, mas acredita-se que os pontos acima elencados, somados à informação da ocorrência de aproximadamente sessenta mil mortes durante a existência do Colônia cumprem o objetivo aqui pretendido: demonstrar, ao menos a potencialidade, da nocividade do sistema de internação do portador de transtorno mental.

Presentes, portanto, desde o início da institucionalização do louco no Brasil, todos os requisitos da sociedade disciplinar como descrita por Foucault e das instituições totais como descritas por Goffman. Por vezes, como se pôde notar pela narrativa acima, até mesmo esse papel foi esquecido e extrapolado transformando-se os manicômios em nada mais do que local de abusos, sofrimento e morte.

Este paradigma perdura no Brasil sem maiores contestações ao menos até a década de 1970, quando começam a surgir em território brasileiro os primeiros movimentos em prol da reforma psiquiátrica e da luta antimanicomial.

4.3 A REFORMA PSIQUIÁTRICA E A LUTA ANTIMANICOMIAL

³¹³ RATTON, op. cit.

³¹⁴ ARBEX, op. cit., p.38.

³¹⁵ Ibidem, p.76-77.

³¹⁶ Ibidem, p.78.

Em resposta à verificação da ineficiência da utilização do método asilar para a maior parte dos casos, bem como pelos diversos abusos constatados ao longo da sua existência, surgem, por volta da década de 1970, movimentos que buscam outras alternativas quanto ao tratamento do portador de transtorno mental.

Movimentos reformistas dentro da psiquiatria sempre existiram. As próprias iniciativas de Pinel acima narradas de desacorrentar os loucos ao assumir o comando do Bicêtre, podem ser vistas dessa forma. Do mesmo modo, por exemplo, a determinação do psiquiatra brasileiro Juliano Moreira em mandar incinerar as camisas de força³¹⁷.

A diferença do movimento das últimas décadas que aqui se aborda em relação aos anteriores é que “a crítica ao asilo deixa de visar seu aperfeiçoamento ou humanização, vindo a incidir sobre os próprios pressupostos da psiquiatria, a condenação de seus efeitos de normatização e controle”³¹⁸. O que se coloca em cheque aqui é o próprio papel da psiquiatria na sua relação com o portador de transtorno mental, o que termina levando o foco da crítica a se dar na maior representação da sua instância de poder, o asilo.

4.3.1 A reforma no sistema europeu ocidental

Em que pese sempre tenham existido críticas ao sistema asilar, estas só vieram a ter força suficiente para se pensar num movimento de reforma após a Segunda Guerra Mundial. Por um lado, porque após as atrocidades da Guerra houve desenvolvimento de movimentos em prol da proteção dos direitos das minorias³¹⁹, o que incluiu a situação dos portadores de transtorno mental. Por outro, porque foi somente no início da década de 1950 que se deu o surgimento da psicofarmacologia³²⁰, com a possibilidade de interferir de um modo mais profundo no quadro clínico do portador de transtorno mental. A partir destes dois fatores é que se pôde dar início ao que veio a se chamar reforma psiquiátrica³²¹.

³¹⁷ BRASIL. Centro Cultural Ministério da Saúde. *Memórias da loucura*. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 20 dez 2014.

³¹⁸ TENÓRIO, F. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. In: *História, Ciências, Saúde*: vol. 9. Rio de janeiro: Manguinhos, 2002, p.27. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

³¹⁹ DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.23.

³²⁰ BEZERRA, Benilton. *A história da psicopatologia no Brasil*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 03 mar 2014.

³²¹ DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.23.

É bem verdade que falar sobre a reforma psiquiátrica como se fosse um movimento único, é pretender simplificar um fenômeno muito mais complexo. As próprias características anteriores existentes no sistema de saúde de cada país, influenciaram diretamente no tipo de reação que se teve. Em alguns casos, teve-se a busca por transformar o manicômio numa forma de instituição terapêutica, como foi o caso da França, ao menos num momento inicial, enquanto que em outros, como na Itália e Estados Unidos da América, foram propostas soluções de ainda maior ruptura, com a defesa do total fim do manicômio³²².

Na Itália, tem-se como referencial da reforma psiquiátrica a atuação de Franco Basaglia, denunciando a coisificação do portador de transtorno mental³²³. Basaglia foi psiquiatra italiano que em 1961 passou a dirigir o Hospital Psiquiátrico de Gorizia, tendo depois passado à direção do Hospital Psiquiátrico Regional de Trieste, em 1971. Em ambos pôde desenvolver as práticas de comunidade terapêutica³²⁴.

Interessante experiência de desinstitucionalização ocorreu em Reggio Emília, que se iniciou em 1969 e perdurou até meados da década de 1970. A experiência então realizada, com técnica de grande inserção comunitária, já de início trouxe a preocupação de que a desinstitucionalização não implicasse numa extensão dos domínios da psiquiatria que, ao se desvincular do hospital psiquiátrico, acabaria por se inserir de modo mais sutil na vida comunitária³²⁵.

Há aqui entendimento da doença não como algo interno ao sujeito, mas sim como causada por fatores sociais diversos, como, por exemplo, a miséria, as relações familiares contraditórias, a opressão no ambiente de trabalho e a sujeição da mulher ao marido e ao trabalho doméstico, dentre outras. Partindo desta premissa, a proposta era desindividualizar a doença, reenviando-o às suas causas que eram tidas como sociais. Foi esta experiência fortemente informada pela ideia de que muitos dos males que geravam a opressão do indivíduo eram fruto do capitalismo³²⁶.

Outra experiência italiana de que se tem notícia foi a realizada em Perugia, iniciada em 1964-65. Neste caso houve violenta ruptura com o sistema asilar antes vigente. Assim é que

³²² DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.24.

³²³ *Ibidem*, p.42.

³²⁴ BRASIL. Centro Cultural Ministério da Saúde. *Memórias da loucura*. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 20 dez 2014.

³²⁵ FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de; RIBEIRO, Guilherme Almeida. *Reforma psiquiátrica e exclusão: as experiências de Reggio Emilia a Perúgia*. In: Estudos de Psicologia (Natal), vol.11, n.3, 2006. Disponível em <www.scielo.org>. Acesso em 20 dez. 2014, p.310.

³²⁶ *Ibidem*, p.310.

Houve a transformação interna do asilo, aí incluindo um movimento extremamente fecundo de comunidade terapêutica. Houve o deslocamento da assistência para o exterior: a participação dos cidadãos, que começam a freqüentar o asilo, que se reúnem em assembléias populares, em locais os mais diversos, como cafés, reuniões partidárias, clubes sócio-recreativos, reunidos para o debate da loucura, da saúde, do destino do doente mental, da alta dos pacientes, da sua reintegração social, – seja na família, seja em casa de repouso, seja em grupo-família ou em albergues. Como também houve a liberação e a reconversão dos espaços hospitalares esvaziados. E, por fim, a consolidação do trabalho no território através da constituição dos Centros de Higiene Mental (CIM)³²⁷.

Ao buscar a assistência psiquiátrica como direito de todos e não apenas como algo aplicável àqueles claramente à margem do sistema econômico-social vigente, foi então identificado que não há relação de necessariedade entre a doença mental e a marginalização social, sendo aquela encontrada em todos os extratos sociais³²⁸. Não que isso implique que não haja qualquer correlação entre os sofrimentos sociais de quem leva uma vida miserável e o surgimento nesse sujeito de uma doença mental, mas sim que essa marginalização social prévia não é a única causa possível.

Importante marco da reforma psiquiátrica italiana foi a aprovação da Lei 180, em maio de 1978, que estabeleceu diversas diretrizes, tais quais a proibição de novas internações em hospitais psiquiátricos desde a sua promulgação e de qualquer tipo de internação a partir de 1981; a proibição de construção de novos hospitais psiquiátricos; o reforço à ideia de territorialidade dos serviços psiquiátricos comunitários; e a abolição do estatuto de periculosidade social do doente mental, estabelecendo diversos parâmetros para salvaguardar o sujeito contra internações indevidas³²⁹.

Na França, num primeiro momento, a partir de 1940, com a psicoterapia institucional, não houve repúdio ao manicômio, mas sim a tentativa de salvá-lo através da releitura do seu papel. Fortemente lastreado na psicanálise, partia do pressuposto da necessidade de sua aplicação para todos aqueles que se encontravam dentro dos muros do manicômio, sejam na condição de doentes ou de trabalhadores³³⁰.

Posteriormente, já em 1945, houve também progressiva ruptura com este modelo, buscando-se a criação de um sistema de saúde que realizasse a territorialização da assistência, “que permitia um conhecimento melhor da população no momento da elaboração dos programas e uma aproximação entre os serviços prestados e os usuários”³³¹. Tem-se também aqui,

³²⁷ Ibidem, p.311.

³²⁸ Ibidem, p.311.

³²⁹ DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.45.

³³⁰ Ibidem, p.26.

³³¹ DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.28.

portanto, não apenas o zoneamento do atendimento, mas os princípios da comunidade terapêutica e do foco no atendimento extra-hospitalar³³².

Na Inglaterra parte da abertura nas internações, no final da década de 40, com o surgimento do modelo de instituições totais e parciais, até hoje utilizado, foi reflexo da escassez de recursos em decorrência da Guerra³³³. Também aqui se teve o influxo das ideias da comunidade terapêutica, com estímulo a atividades coletivas, à presença de toda a comunidade quanto às decisões sobre administração do serviço, à liberdade de comunicação, análise dos acontecimentos como um todo ocorridos na instituição (e não apenas dos pacientes) e rompimento das barreiras criadas pelas relações de autoridade³³⁴.

O marco legislativo reformista a se destacar ali se deu em 1959, com a aprovação da Lei de Saúde Mental (*Mental Health Act*). Trouxe diversos pontos importantes como a determinação de não haver distinção no tratamento do portador de doença mental em relação aos outros doentes e, de modo afinado ao ponto anterior, o estímulo à criação de unidades psiquiátricas nos hospitais gerais. Reflexo claro da lei foi a diminuição significativa das internações psiquiátricas³³⁵.

Na Espanha a reforma, de acordo com o próprio Desviat, um de seus grandes ícones, começou tardiamente³³⁶. Basta dizer que ainda em 1977 “o atendimento aos problemas de saúde mental reduzia-se aos hospitais psiquiátricos (...), às consultas de neuropsiquiatria do Instituto Nacional de Saúde e a um pequeno conjunto heterogêneo de centros de saúde mental municipais e da rede beneficente estatal, bem como a uns poucos leitos em hospitais gerais universitários, sem nenhuma população determinada para atender”³³⁷.

Pelo lado legislativo, somente com a reforma do Código Civil em 1983 é que se passou a ser necessária a autorização do juiz para a realização das internações, antes unicamente a critério dos médicos e familiares, dando assim um passo para salvaguardar os direitos dos portadores de transtorno mental³³⁸. Entretanto, o marco legislativo mais importante sobre o tema se deu somente em 1986, com a aprovação da Ley Geral de Sanidad, cuja abordagem se retomará abaixo ao tratar da intitulada contrarreforma psiquiátrica.

³³² Ibidem, p.31.

³³³ Ibidem, p.34-35.

³³⁴ Ibidem, p.35.

³³⁵ Ibidem, p.36.

³³⁶ Ibidem, p.99.

³³⁷ Ibidem, p.108.

³³⁸ Ibidem, p.109.

4.3.2 A reforma no Brasil

No Brasil, em que pese essa reforma ter surgido de certa forma em conjunção com o movimento de redemocratização do país, teve sua nascente em dois mananciais que foram a psiquiatria comunitária e o movimento das comunidades terapêuticas, nas décadas de 1960 e 1970³³⁹. Surge, cumpre destacar, mais como fruto de indignação com o tratamento desumano que dá azo a uma ideologia revolucionária, do que a partir da construção de um novo saber científico³⁴⁰.

As comunidades terapêuticas faziam com que a psicanálise passasse a ocupar um papel não somente junto aos doentes, mas também aos médicos e à equipe, buscando desnudar como não são tão nítidos os limites entre a normalidade e a enfermidade mental. Embora não tenham logrado êxito em resolver o problema manicomial, por suas limitações práticas e teóricas, serviram como uma referência positiva, tendo gerado uma experiência de maior aproximação para com os pacientes³⁴¹.

Já a psiquiatria comunitária propunha uma maior atuação da psiquiatria junto à comunidade, visando evitar que se chegasse à internação asilar, tida como uma má alternativa de tratamento para essa corrente. Sua base, portanto, era de prevenção e promoção de uma política de saúde mental, pretendendo fazer com que a comunidade atuasse como fator de cura e prevenção e não de geração de doenças. Seu fracasso, por sua vez, se deu pela questão do risco da psiquiatrização do social, inclusive com algumas características eugenísticas³⁴².

O movimento propriamente dito de reforma psiquiátrica começa a tomar forma nos anos 1980, embora num primeiro momento num plano muito mais teórico e de diagnóstico do que de ações concretas³⁴³. Formalmente se costuma apontar seu início no Brasil em 1978, quando também é criado o Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental³⁴⁴.

³³⁹ TENÓRIO, F. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. In: *História, Ciências, Saúde*: vol. 9. Rio de Janeiro: Manguinhos, 2002., p.28.

³⁴⁰ VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.168.

³⁴¹ TENÓRIO, op. cit., p.29.

³⁴² Ibidem, p.30-31.

³⁴³ Ibidem, p.33.

³⁴⁴ NUNES, Karla Gomes. De loucos perigosos a usuários cidadãos: sobre a produção de sujeitos no contexto das políticas públicas de saúde mental (tese de doutorado). Porto Alegre: UFRGS, 2013. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br>>. Acesso em 03 dez 2014, p.114.

Este movimento surge inicialmente com a proposta de humanização dos hospitais psiquiátricos. O pensamento inicial, portanto, não é de acabar com o manicômio, mas sim de transformá-lo em local que possa fornecer tratamento digno aos internos³⁴⁵.

Entretanto, ainda na década de 1980, mais precisamente durante a I Conferência Nacional de Saúde Mental em 1985, há, ao menos por parte dos integrantes desse movimento, ruptura com a proposta anterior. Passam a defender não a humanização do manicômio, mas sim a total extinção deste. Na mesma oportunidade, acontece a mudança da denominação “Movimento dos Trabalhadores de Saúde Mental” para “Movimento da Luta Antimanicomial”³⁴⁶.

Pode-se apontar, portanto, a existência de dois grupos quanto ao entendimento do que seria a superação do modelo manicomial. Um pretende que ocorra o acolhimento social do portador de transtorno mental, com o afastamento da psiquiatria; há aqui a ideia de se criar uma *alternativa à psiquiatria*. Outro grupo, que não busca a total ruptura com a psiquiatria, acreditando ser possível construir nela espaço de tratamento e que, portanto, busca criar uma *psiquiatria alternativa*³⁴⁷.

Interessante notar no contexto desses movimentos a mudança também de fatores mínimos, porém simbolicamente relevantes para o portador de transtorno mental. Assim, por exemplo, passa-se a utilizar o termo “usuário” em detrimento daquele “paciente”, até por força de ser esse o termo adotado de modo geral para todo aquele beneficiário do Sistema Único de Saúde (SUS)³⁴⁸.

A mudança semântica apontada é tida como benéfica ao portador de transtorno mental, pois através dela se amplia a própria ideia de autonomia do sujeito, que agora usa o serviço de saúde, o que traz uma noção de escolha, de sujeito que ocupa posição ativa neste processo, e não mais a ideia que traz a palavra paciente, que indica aquele que se submete, que ocupa posição passiva.

Aliás, a própria expressão “portador de transtorno mental”, já traduz também significativo ganho em relação à antes utilizada “doente mental”. A título de exemplo da diminuição da carga estigmatizante provocada por tal mudança, basta por todos a análise de seus efeitos em

³⁴⁵ Ibidem, p.115.

³⁴⁶ Ibidem, p.114-116.

³⁴⁷ FREITAS; RIBEIRO, op. cit., p.308.

³⁴⁸ NUNES, op. cit., p.119.

um dos transtornos mentais, com a modificação da afirmação antes feita de que um sujeito *ser* maníaco-depressivo, para o sujeito *ter* transtorno bipolar³⁴⁹.

A culminação formal destes movimentos pode ser apontada como a aprovação da Lei n.10.216/2001, que teceu importantes modificações na política de saúde mental brasileira. A partir de tal lei, rompeu-se com o padrão do sistema asilar, o que abriu as portas para o fortalecimento de programas como o dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), regulamentados através da portaria n.336/2002, do Ministério da Saúde.

Destinam-se os CAPS ao atendimento tanto do sujeito portador de transtorno mental, como também àqueles que estejam com grave comprometimento psíquico, por conta de dependência de álcool e demais drogas³⁵⁰.

Ressalve-se, entretanto, que a existência dos CAPS é mais antiga do que a referida portaria, que reconheceu e ampliou sua existência, havendo o primeiro deles sido inaugurado na cidade de São Paulo, em março de 1986, já como fruto das lutas sociais já citadas contra o sistema asilar então vigente³⁵¹.

Conforme apresentação feita por Humberto Costa, quando Ministro da Saúde

Os CAPS são instituições destinadas a acolher os pacientes com transtornos mentais, estimular sua integração social e familiar, apoiá-los em suas iniciativas de busca da autonomia, oferecer-lhes atendimento médico e psicológico. Sua característica principal é buscar integrá-los a um ambiente social e cultural concreto, designado como seu “território”, o espaço da cidade onde se desenvolve a vida cotidiana de usuários e familiares. Os CAPS constituem a principal estratégia do processo de reforma psiquiátrica³⁵².

Buscam, portanto, romper com a lógica da internação, pretendendo conciliar a autonomia e o tratamento do portador de transtorno mental usuário do serviço, notadamente através da sua não exclusão do seu espaço territorial e vida com a comunidade.

Os CAPS, que se focam na lógica do atendimento ambulatorial de modo territorial (art.1º, parágrafo 2º), são organizados por ordem crescente de porte e complexidade em CAPS I, II e III. Possuem também unidades para atendimentos especializados, realizados nos CAPS i, voltados para o atendimento infantil, e nos CAPS AD, responsáveis pelo atendimento dos usuários relacionados com álcool e drogas.

³⁴⁹ BEZERRA, op. cit.

³⁵⁰ BRASIL. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 21 dez. 2014, p.15.

³⁵¹ Ibidem, p.12.

³⁵² Ibidem, p.9.

Nos municípios que comportem entre 20.000 e 70.000 habitantes, deve existir apenas o CAPS I, responsável portanto por todo tipo de atendimento (art.4º, 4.1). Os CAPS II, existentes a partir dos municípios com população entre 70.000 e 200.000 habitantes (art.4º, 4.2), funcionam desempenhando as mesmas funções do grau anterior, com a ressalva de se encontrarem também os CAPS i (art.4º, 4.4) e os CAPS AD (art.4º, 4.5) estruturados neste nível. Já o CAPS III (art.4º, 4.3), previsto para existir em municípios com população superior a 200.000 habitantes, diferencia-se dos demais no serviço prestado tanto por oferecer atendimento 24 horas (art.4º, 4.3, a), como por possibilitar o acolhimento noturno (art.4º, 4.3, i). Apenas para que não reste dúvida quanto ao modo como o serviço é estruturado, esclareça-se que o fato de o município ter mais de 70.000 ou de 200.00 habitantes não impossibilita a existência nestes das unidades possíveis também aos municípios de menor porte.

Através da portaria n.3.088, de 23 de dezembro de 2011, do Ministério da Saúde, instituiu-se a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), abrangendo o CAPS e outros serviços, ao âmbito do Sistema Único de Saúde (art.1º). Com a RAPS passou-se a ter para além dos CAPS toda uma rede coordenada (art.5º), abrangendo os serviços prestados por Unidades Básicas de Saúde, equipes de atenção básica para populações específicas, Centros de Convivência, SAMU 192, Sala de Estabilização, UPA 24 horas, portas hospitalares de atenção à urgência/pronto socorro, Unidades Básicas de Saúde, Unidade de Recolhimento, Serviços de Atenção em Regime Residencial, enfermagem especializada em Hospital Geral, serviço Hospitalar de Referência para Atenção às pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, Serviços Residenciais Terapêuticos, e reabilitação psicossocial.

Segundo dados do Ministério da Saúde, no presente momento conta a RAPS com 1.035 CAPS I, 475 CAPS II, 82 CAPS III, 196 CAPS i e 308 CAPS AD. Os dados refletem também crescente participação estadual e municipal, a partir do programa de adesão iniciado em 2011, como se pode notar nos gráficos a seguir reproduzidos³⁵³.

Figura 01: Adesão dos Estados e do Distrito Federal ao Programa.

³⁵³ BRASIL. Observatório: Crack, é possível vencer. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em 20 dez. 2014.

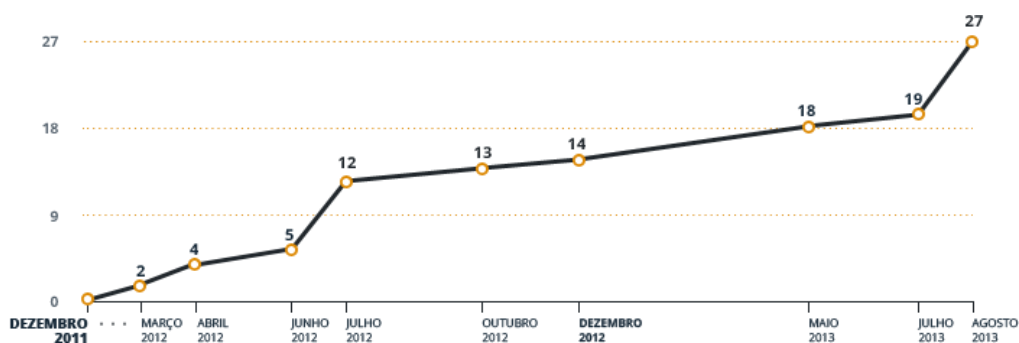
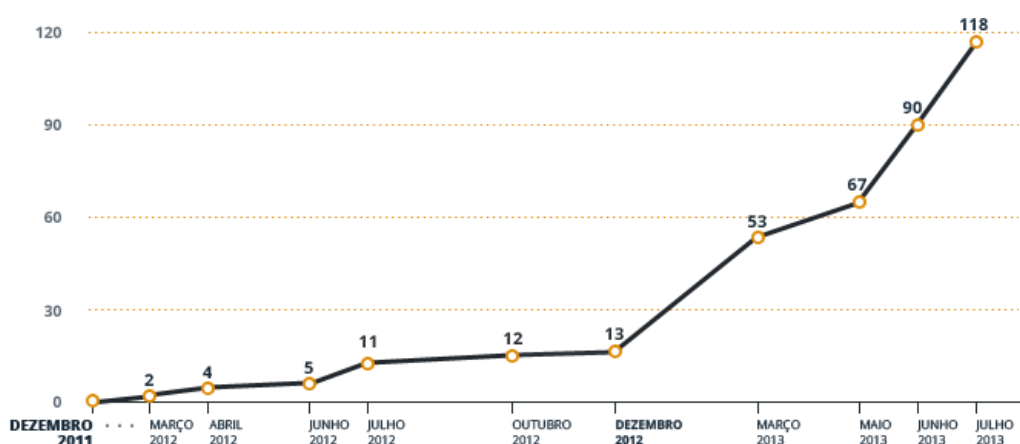


Figura 02: Adesão dos Municípios Prioritários ao Programa.



Pelo interesse em aproximar a pesquisa da realidade local, assinala-se que, conforme dados publicados em 2014, obtidos do Balanço de Governo, contava a Bahia até o final de 2013 com o total de 200 CAPS, distribuídos em 162 municípios³⁵⁴. De acordo com dados do IBGE datados do censo de 2010, o Estado da Bahia possuía 168 municípios com população igual ou superior a 20.000 habitantes, portanto habilitados a possuir ao menos uma unidade do CAPS I. Salvador, conforme dados da mesma pesquisa, possuía população de 2.675.656³⁵⁵. Na capital, de acordo com dados do Ministério da Saúde, existem, conforme consulta realizada em 20 de dezembro de 2014, 1 CAPS AD III e 18 CAPS de outra natureza³⁵⁶.

Os dados relativos a Salvador, entretanto, parecem estar desatualizados no Ministério da Saúde, o que se nota por comparação entre estes e os encontrados em pesquisa de 2012, sobre os serviços de saúde mental na Bahia, coordenada por Gerfson Oliveira, psicólogo e profissional que atua na rede CAPS. De acordo com os números desta a capital baiana

³⁵⁴ BAHIA. *Números da Bahia: 2007-2013*. Salvador: Governo do Estado da Bahia, 2014, p.34-35.

³⁵⁵ BRASIL. IBGE. Disponível em <idades.ibge.gov.br>. Acesso em 20 dez. 2014.

³⁵⁶ Observatório: Crack, é possível vencer. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br>. Acesso em 20 dez. 2014.

contaria com 3 CAPS I, 16 CAPS II, 2 CAPS III, 2 CAPS i, e 2 CAPS AD, sendo um destes CAPS III, totalizando assim 25 unidades³⁵⁷.

Restariam, portanto, 175 unidades de CAPS divididas entre os demais 168 municípios. Também de acordo com análise de dados realizada na pesquisa já apontada, ressaltando, uma vez mais, que ela trabalha com dados de 2012, haveria no interior da Bahia um total de 2 CAPS III, 26 CAPS II, 15 CAPS AD e 5 CAPS i³⁵⁸.

Em que pese não seja esta proporção exata, devido à própria tendência de crescimento demográfico que pode ter habilitado até 2013 um maior número de municípios a estar apto a receber um CAPS, bem como de serem os números mais atuais de cada indicador obtidos em momentos diferentes, a situação formal dos CAPS na Bahia, ainda que não perfeita, parece ao menos razoável. Razoabilidade esta que se ressalta ainda mais caso se leve em consideração o fato de que, no início dos anos 2000, não contava a Bahia com nenhum lar abrigado e tinha apenas dois CAPS³⁵⁹.

4.4 DIFICULDADES DA REFORMA E A CONTRARREFORMA PSIQUIÁTRICA

Neste tópico, a exemplo do que foi feito ao tratar do “período desregrado” e ao contrário do que foi feito nos dois anteriores, não se abrirá sub-tópicos para distinguir os acontecimentos no sistema europeu e no brasileiro. É que, considerando a proximidade histórica dos eventos narrados, especialmente no que toca ao Brasil, bem como o fato de ainda se encontrarem em curso, opta-se por narrativa mais uniforme.

A noção de reforma e contrarreforma é presente em todos eventos relevantes da história da humanidade e com a abordagem acerca da loucura não poderia ser diferente. Assim é que, após o influxo contra o modelo asilar gerado pela reforma psiquiátrica, vêm surgindo focos de resistência que pregam o retorno a tal sistema.

Magda Dimenstein aponta que, em que pese os avanços ocorridos após a Lei n. 10.216/2001, que promoveu o tratamento não asilar, se faz necessária a atenção para que não ocorram retrocessos num movimento de contrarreforma. No Brasil, esse movimento encontra

³⁵⁷ OLIVEIRA, Gersson et al. *Serviços de saúde mental*. Disponível em <<http://observatorio03.files.wordpress.com>>. Acesso em 20 dez. 2014.

³⁵⁸ Ibidem.

³⁵⁹ VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.22.

fundamento em alguns fatores. Um deles seria o fato de existir parcela da sociedade que, poder-se-ia dizer por preferência ideológica, pretende manter o antigo sistema de poder psiquiátrico, asilar, de enclausuramento, como a resposta adequada ao tratamento do transtorno mental. O outro, diretamente vinculado, é o fato de esses atores encontrarem respaldo numa política neoliberal, similar à citada pela autora como ocorrente na Espanha, que visa atender aos interesses corporativos de profissionais e empresários donos de hospitais³⁶⁰.

Como ainda é razoavelmente recente a legislação brasileira, há que se considerar também que ainda está havendo uma mudança na mentalidade cultural dos sujeitos que trabalham nesse novo sistema de saúde, vez que muitos deles trabalharam por longo tempo no modelo anterior, que tinha o hospício como um lugar de cuidado para com o portador de transtorno mental³⁶¹.

Indícios de como esta mudança não se dá num passe de mágica, podem ser colhidos na própria experiência local, do Hospital Juliano Moreira, em Salvador-BA. De acordo com o relato de Marcelo Veras, no período que sucedeu imediatamente ao ano 2000,

contrariando as diretrizes governamentais que preconizavam a descentralização dos atendimentos na rede de Saúde Mental, o Hospital Juliano Moreira, mesmo após a promulgação da lei federal n. 10.216, ainda era a peça central de atendimento da rede pública de todo o estado da Bahia. Paradoxalmente, porém, tal situação não lhe conferia nenhum prestígio junto aos órgãos governamentais³⁶².

O simples implemento da lei não teve o condão de modificar de imediato a situação vivida no Hospital³⁶³, que tinha a sua identidade construída como uma instituição envergonhada, em que o visitante se deparava nos corredores com “fezes, urina, gritos e mãos que seguravam seus braços, como se fossem uma boia que evitaria o afogamento de um naufrago”³⁶⁴. Mesmo após a Lei n.10.216/01, abusos continuam a acontecer, ainda sendo possível encontrar

práticas médicas violentas tais como o eletrochoque forçoso, a dopagem forçosa, a reclusão e o confinamento solitário continuam sendo realizadas, junto às violentas práticas tradicionais/religiosas, nos próprios lares das pessoas como nas instituições,

³⁶⁰ DIMENSTEIN, Magda. Reforma psiquiátrica: integrando experiências brasileiras e espanholas no cuidado integral e territorializado em saúde mental. In: *Estudos de psicologia*, n. 16(3). Rio Grande do Norte: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v16n3/11.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

³⁶¹ CAMPOS, Fernanda Nogueira. *Trabalhadores de saúde mental: incoerências, conflitos e alternativas*, no âmbito da Reforma Psiquiátrica brasileira. Tese de doutorado em Enfermagem Psiquiátrica. Ribeirão Preto: USP, 2008, p.164.

³⁶² VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.163-164.

³⁶³ VERAS, op. cit., p.172. Ainda neste ano de 2000 o Hospital Juliano Moreira realizou ‘90 mil atendimentos ambulatoriais, 15 mil atendimentos emergenciais, além de manter um hospital com 200 leitos, permanentemente superlotado’.

³⁶⁴ VERAS, op. cit., p.169.

causando um trauma que não é reconhecido como tal em nossas comunidades, visto que é feito em nome do tratamento terapêutico³⁶⁵.

Destaca-se também que a luta contra o asilo implica em lutar contra um espaço de exclusão. Entretanto, é necessário ter cuidado para que não se forme no espaço externo a mesma exclusão que sofreria o portador de transtorno mental enquanto internado³⁶⁶. A retirada do paciente do manicômio sem que lhe seja dada a devida atenção externa, é a substituição de um erro por outro³⁶⁷.

Outro fator a se considerar na experiência brasileira é que, em que pese se reconheça o importante avanço do atendimento focado nos CAPS, a própria lógica da estrutura destes conta com alguns problemas. São eles, conforme explanado, organizados de acordo com os critérios de porte e complexidade. Disto decorre que os CAPS I são, em tese, aqueles menos aparelhados para lidar com casos mais complexos. Entretanto, por serem os únicos existentes em municípios com menos de 70.000 habitantes, terminam tendo que lidar, dentro do seu território, com todo tipo de usuário, independentemente do grau de complexidade do problema que ele apresente.

Outro desafio é requalificar os trabalhadores de saúde mental para que possam laborar neste novo sistema, já que muitos deles trabalharam toda a vida seguindo a lógica da internação. Uma breve narrativa trazida por Marcelo Veras, mais uma vez sobre a vivência no Hospital Juliano Moreira, em Salvador-BA, ajuda a ilustrar o problema:

havia anos, uma antiga servidora do hospital tinha como função, sentada numa cadeira, zelar pelo portão que separava o bloco administrativo do bloco de internação. Após grande negociação com a equipe, a direção promoveu a retirada desse portão, o que causou comoção e indignação de alguns funcionários, pois se temia uma fuga em massa dos pacientes. No dia seguinte, o diretor, ao passar pela arcada do extinto portão, encontrou a mesma servidora, sentada em sua cadeira, zelando pelo nada. Duas semanas depois, ela pediu transferência do hospital³⁶⁸.

O sucesso da Reforma Psiquiátrica, portanto, passa necessariamente pelo êxito em resignificar para o trabalhador na área de saúde mental o papel da instituição e, por conseguinte, a sua função nela.

³⁶⁵ MUREKIAN, Noemi Graciela. Representações sociais, estigma e processos de reforma psiquiátrica: uma revisão teórica de documentos e pesquisas na interface psicossocial e política. In: *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, vol.6, n.3, 2012. Disponível em: < <http://www.tempusactas.unb.br/>>. Acesso em 21 jan. 2015, p.149

³⁶⁶ FREITAS; RIBEIRO, op. cit., p.313.

³⁶⁷ DESVIAT, *A Reforma psiquiátrica*, p.75.

³⁶⁸ VERAS, op. cit., p.165.

É, aliás, interessante para entender os desafios que ainda serão encontrados no Brasil, atentar para a experiência espanhola que em 2011 já completou 25 anos após a ocorrência de reforma psiquiátrica, como colocado pela narrativa de Manuel Desviat³⁶⁹.

Como já dito, em 1986 implantou-se na Espanha a Ley General de Sanidad (LGS)³⁷⁰, como fruto de uma luta iniciada nos anos setenta pelo movimento de Reforma Psiquiátrica, em que prevaleceu a visão do tratamento da saúde mental por uma perspectiva de prestação de serviço público, descentralizado, universal e equitativo, em detrimento do já citado modelo neoliberal defendido pelos conservadores³⁷¹.

As dificuldades encontradas ao longo dos então 25 anos, aponta Desviat, se devem muito à desigualdade, nas suas mais diversas manifestações. Desigualdade presente na aplicação de recursos, como de calendários de transferência de competências, bem como das vontades políticas regionais e de cada profissional individualmente³⁷².

Álvarez, Labrador e Millán também apontam algumas deficiências da LGS que podem ser encontradas hoje, afirmando que a citada lei já teria perdido, em maior ou menor grau para diferentes disposições, 74,2% da sua eficácia³⁷³. Dentre as críticas apontadas, a seguir se reproduzem duas, uma geral e outra específica ao tema aqui tratado, por se considerar que podem de alguma maneira contribuir para o presente trabalho.

Na primeira, geral, destacam os autores que o quadro de saúde pública existente quando a lei foi lançada fez com que ela se fixasse principalmente em pontos como epidemias e higiene, hoje já superados³⁷⁴. Destaca-se essa crítica para demonstrar como as necessidades de saúde pública mudam com o passar do tempo e chamar atenção para a necessidade de constante atenção para o tema e, se necessário, revisão das políticas públicas pertinentes.

A segunda crítica, essa específica ao tema ora enfrentado, afirma que outro erro da LGS seria ter considerado a saúde mental como uma patologia diferenciada, separada das demais, o que

³⁶⁹ DESVIAT, Manuel. La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad. In: *Revista Española de Salud Pública*, n.5. Espanha: Ministerio de Sanidad y Política Social: 2011. Disponível em: < <http://scielo.isciii.es>>. Acesso em 10 nov. 2014, p.428.

³⁷⁰ Saliente-se que a LGS não trata apenas da saúde mental, mas sim de todo o sistema de saúde.

³⁷¹ DESVIAT, Manuel. La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad, p.428.

³⁷² Ibidem, p.429.

³⁷³ ÁLVAREZ, Juan José Criado; LABRADOR, José Ramón Repullo; MILLÁN, Ángel García. Vigencia de la Ley General de Sanidad tras veinticinco años. In: *Revista Española de Salud Pública*, n.5. Espanha: Ministerio de Sanidad y Política Social: 2011. Disponível em: < <http://scielo.isciii.es>>. Acesso em 10 nov. 2014, p.445.

³⁷⁴ Ibidem, p.440.

seria um anacronismo. O correto seria integrá-la ao sistema de saúde como um todo, propiciando assim a continuidade de cuidados ao paciente³⁷⁵.

Hoje já é existente uma geração de pacientes que, por ter nascido em período posterior ao das reformas, não viveu a experiência da institucionalização. Muitos destes, entretanto, terminam buscando de modo impróprio os recursos de tratamento, o que se agrava ainda mais quando há carência na rede de serviço territorializada que deveria prestá-los. São estes que geram o que Desviat chama de fenômeno da porta giratória, entrando e saindo das emergências em picos de crise, com múltiplas reinternações por curtos períodos³⁷⁶.

Outro problema que aponta Desviat seria a mudança de comportamento da imprensa quanto ao portador de transtorno mental. Se, à época dos movimentos de reforma, possuía papel de apoio, hoje teria assumido um caráter denunciante, “unindo a doença mental aos crimes, suicídios e condutas escandalosas, num retorno à imagem lombrosiana do doente mental como um ser perigoso, irracional, incurável e sempre imprevisível”³⁷⁷.

Por fim, a ideia da total desinstitucionalização enfrenta ainda outro problema que é o dos pacientes crônicos, que dificilmente conseguiriam se adaptar a uma vida fora dos muros da instituição total. “São os grandes deficientes, os inválidos físicos e psíquicos, os doentes neurológicos, os antigos epiléticos, os sífilíticos dementes, os débeis mentais, os esquizofrênicos residuais, os obsessivos lobotomizados etc.”³⁷⁸ Para estes sujeitos, ou se cria uma rede territorializada extremamente capaz de conferir os cuidados e o árduo esforço de reabilitação que necessitam, ou a institucionalização continua melhor opção do que o abandono à morte.

4.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do início em que o sistema era a própria ausência de sistema, passando por um sistema pautado nas instituições totais que buscam total controle, até o atual momento quando ainda

³⁷⁵ Ibidem, p.441.

³⁷⁶ DESVIAT, *A reforma psiquiátrica*, p.77.

³⁷⁷ DESVIAT, Ibidem, p.79.

³⁷⁸ DESVIAT, Ibidem, p.88.

se supera e se tem um refluxo de tais instituições, diversos foram os caminhos percorridos pelos portadores de transtorno mental.

Acredita-se que o caminho que se deve seguir é aquele que proporcione maior autonomia e dignidade ao portador de transtorno mental. Pela própria narrativa histórica empreendida, é certo que tal objetivo para ser alcançado precisa se pautar em algumas premissas.

A primeira delas, sem sombra de dúvidas, pilar de todas as outras, é o reconhecimento do portador de transtorno mental como um ser humano igual em direitos, apesar das suas especificidades. Faz-se necessária a construção de um paradigma de alteridade e solidariedade, em que se reconheça a necessidade de construção de um espaço que propicie vida digna a esses sujeitos.

Em segundo lugar, acredita-se que a experiência histórica mostra o fracasso dos manicômios e do sistema asilar de internamento enquanto padrão de tratamento. Ainda que possa ter tido pontuais acertos, foram eles obscurecidos por seus estrondosos erros. Não há como buscar a promoção da autonomia num sistema que se pauta justamente na sua retirada do sujeito.

Por fim, em que pese se ter por certo que o sistema asilar é fracassado, não há como se substituir algum tratamento por tratamento nenhum. A completa extinção do tratamento através da internação psiquiátrica esbarra em alguns problemas que até então não se mostraram solucionados, como o dos pacientes crônicos. Melhor, entretanto, que ela, quando estritamente necessária, se dê num ambiente de cuidado total, voltado ao bem-estar do paciente, e não somente dentro do paradigma da internação asilar e excludente.

Mostra-se também necessário o crescimento e aparelhamento de uma rede territorializada de acompanhamento ambulatorial, o que já vem sendo feito através dos CAPS, para que tenha o portador de transtorno mental acesso ao tratamento digno de que necessite. Claro que também não se pode abrir mão da constante análise do sucesso destes sistemas, para que se possam analisar seus erros e acertos. Isso sem perder de vista que alguns desses últimos possam ser produzidos por pressões externas ao sistema, devido às tendências contrarreformistas da psiquiatria, que, certamente, se encontram pautadas em interesses outros que não os dos portadores de transtorno mental.

5 A VULNERABILIDADE DO INCAPAZ PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A incapacidade, como se pôde notar nos capítulos anteriores, é regulamentada sob o discurso da proteção do incapaz. Entretanto, como também já demonstrado, termina de fato se guiando muito mais pela égide da proteção do patrimônio do incapaz, seja em defesa dos interesses destes, mas também muitas vezes de terceiros, notadamente seus herdeiros.

Fato é que aquele que porta transtorno mental que seja suficiente para torna-lo incapaz, ainda que não interditado, se encontra numa posição mais fraca em relação ao dito sujeito normal e, portanto, capaz. Ainda sob a égide do CC-1916, já se encontra na doutrina a afirmação de que o regime das capacidades cria duas categorias de pessoas: uma, dos capazes, que é livre, possuindo plenitude de si e juridicamente igual aos seus pares; e outra, dos incapazes, que está submetida ao poder de outrem, não possuindo o mesmo grau de igualdade jurídica que a primeira³⁷⁹.

O que parece é que, contrariamente aos diversos dispositivos normativos nacionais, bem como às diversas declarações internacionais de direitos humanos, a condição para que seja um ser humano tratado como pessoa termina passando por uma série de requisitos, “como por exemplo a autoconsciência racional”³⁸⁰.

Esta situação de inferioridade, ainda que não seja na prática verdadeira, assim se manifesta no contato social. É por isso que aqui se defende que seja aplicável aos incapazes como um todo, e especialmente ao incapaz portador de transtorno mental, a noção de vulnerabilidade.

A ideia de vulnerabilidade encontra guarida não somente na ciência do Direito – que, como se verá mais adiante, tem sido comumente trabalhada na seara do Direito do Consumidor – mas também na Bioética.

Existe definição de vulnerabilidade por parte do Conselho Nacional de Saúde que, em sua Resolução n.466/12, seção II, 25, a define como “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou

³⁷⁹ MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. In: *Revista dos Tribunais*, vol.97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935, p.319.

³⁸⁰ ROQUE, Maria Victoria. A relação pessoal como acesso privilegiado para o doente mental grave. In: *Revista Bioética*, vol.9, 2001. Disponível em < <http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014, p.54.

impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”³⁸¹.

Maria do Céu Patrão Neves faz lembrar que a palavra vulnerabilidade tem sua etimologia em *vulnus*, que significa ferida, de modo que “vulnerabilidade é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido”³⁸². Assim é que, num primeiro sentido, é tomada com uma adjetivação, uma característica, para se referir a sujeitos que têm esta “ferida” que os torna mais facilmente suscetíveis a sofrerem abusos³⁸³.

Num segundo sentido aponta a autora que a vulnerabilidade pode ser entendida como algo que é próprio da condição humana universal, do perecimento do existente, que leva, portanto, à necessidade de responsabilidade de uma pessoa para com a outra como imposição moral³⁸⁴. Por fim, teria a vulnerabilidade na bioética ainda a possibilidade de ser entendida como um princípio, que articularia tanto o sentido dela enquanto característica, como enquanto condição, anteriormente apontados. Assim é que a vulnerabilidade

excede a lógica preponderante da reivindicação dos direitos que assistem às pessoas e anuncia a lógica da solicitude dos deveres que a todas competem, visando a complementaridade entre uma consolidada ética dos direitos, firmada na liberdade do indivíduo e desenvolvida pelo reforço da autonomia, e uma urgente ética dos deveres, firmada na responsabilidade do outro e desenvolvida pelo reforço da solidariedade³⁸⁵.

Na mesma linha, Jônia Lacerda Felício e Leo Pessini, apresentam também a vulnerabilidade em três sentidos diferentes. O primeiro, como sendo característica inerente do ser humano, ou seja, algo decorrente da sua própria condição de ser vivo. No segundo sentido, tratada como característica particular de pessoas ou grupos de pessoas, são considerados vulneráveis “aqueles com capacidade ou liberdade diminuída para consentir ou abster-se de consentir”. Por fim, num terceiro sentido, como um princípio bioético que “visa garantir o respeito pela dignidade humana nas situações em relação às quais a autonomia e o consentimento se mostram insuficientes”³⁸⁶.

³⁸¹ A redação é próxima daquela que se encontrava na Resolução por ela revogada, a n.196/96, na seção II, 15, que definia vulnerabilidade como “estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

³⁸² NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. In: *Revista brasileira de bioética*, vol.2, n.2, 2006. Disponível em <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em 19 jan. 2015, p.158.

³⁸³ *Ibidem*, p.159-160.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.163-166

³⁸⁵ *Ibidem*, p.171.

³⁸⁶ FELÍCIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais In: *Revista Bioética*, vol.17. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014, p.714.

O sentido de vulnerabilidade enquanto condição de todo ser humano, não implica na necessidade de nenhuma proteção especial, diferenciada, ao sujeito, posto que aplicável a todos. O segundo e o terceiro, ao contrário, são aplicáveis a sujeitos que se encontram em posição de inferioridade de empoderamento em relação aos demais e, claramente, se amoldam à situação do incapaz portador de transtorno mental.

Fermin Roland Schram, em artigo sobre a bioética da proteção³⁸⁷, destaca que é natural da convivência humana o surgimento de conflitos.

Tais conflitos, entretanto, envolvem *agentes morais*, que podem ser considerados atores dos atos (a princípio empoderados) e *pacientes morais*, que podem ser vistos como os destinatários das práticas dos agentes morais, podendo ser classificados também como suscetíveis ou *vulnerados*, isto é, que não possuem empoderamento capaz de enfrentar as consequências negativas de tais atos para revertê-los ou evitá-los³⁸⁸.

Esta vulnerabilidade, decorrente da condição do transtorno mental, pode acabar desdobrando-se em múltiplas vulnerabilidades. Assim é que Genário Alves Barbosa, por sua vez, afirma que o paciente psiquiátrico ao curso da sua relação com os médicos possuiria uma dupla vulnerabilidade, de natureza ética/psicopatológica³⁸⁹.

Para o Direito, de modo muito claro, a vulnerabilidade não se relaciona somente com aspectos de ordem biológica individuais, relacionadas à saúde. A situação de sujeito vulnerado pode decorrer também por fatores econômicos e sociais, como, por exemplo, pelo seu pertencimento a uma minoria.

Veja-se, por exemplo, no que toca ao pertencimento a determinado grupo social, a ideia da vulnerabilidade socioambiental, que se caracterizaria por conta de determinado grupo de sujeitos ter menor condição de suportar a ocorrência de catástrofes ambientais. Envolveria a sua caracterização “aspectos científicos e técnicos, mas também dados econômicos, psicológicos, sociais e políticos”³⁹⁰. Destaque-se que os sujeitos expostos aos riscos nesta modalidade são, via de regra, pertencentes às comunidades mais pobres e, portanto, aqueles que menos se beneficiam pela degradação do meio ambiente muitas vezes realizada em nome

³⁸⁷ SCHRAM, Fermin Rolan. A bioética da proteção é pertinente e legítima? In: *Revista Bioética*, vol.19. Disponível em < <http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014, p.714. Define o autor bioética da proteção como “aquela que se aplica aos conflitos morais envolvidos pelas práticas humanas que podem ter efeitos significativos irreversíveis sobre os seres vivos e, em particular, sobre indivíduos e populações humanas, considerados em seus contextos ecológicos, biotecnocientíficos e socioculturais”, cuja aplicabilidade ele situa notadamente quanto aos conflitos surgidos no campo da saúde pública (p.720).

³⁸⁸ SCHRAM, Fermin Rolan. A bioética da proteção é pertinente e legítima? In: *Revista Bioética*, vol.19. Disponível em < <http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014, p.714.

³⁸⁹ BARBOSA, Genário Alves. Aspectos éticos no tratamento dos deficientes mentais. In: *Revista Bioética*, vol.9. Disponível em < <http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014, p.63.

³⁹⁰ KLOCK, Andréa Bulgakov; CAMBI, Eduardo. Vulnerabilidade socioambiental. In: *Revista dos Tribunais*, vol.898, ano 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.54.55.

do progresso científico, de modo que sua proteção seria um modo de atenuar as desigualdades sociais³⁹¹.

A vulnerabilidade, portanto, não decorre necessariamente da diminuição de autonomia, embora defenda-se aqui que o inverso seja verdade, ou seja, que a pessoa que tenha sua autonomia reduzida se encontra vulnerável, em que pese haver também opinião doutrinária divergente³⁹².

Partindo da premissa de que a vulnerabilidade pode decorrer de vários fatores, Heloisa Helena Barboza, por exemplo, identifica como vulnerados os portadores de deficiência física, os integrantes da população LGBT, bem como o portador de transtorno mental³⁹³. A estes, pode-se acrescentar também os idosos, as crianças e adolescentes, os consumidores, todos estes últimos, aliás, gozando de legislação protetiva específica. Pode também a vulnerabilidade ser consequência de outros fatores, tal qual a falta de escolaridade, que torna sujeitos vulnerados os consumidores analfabetos³⁹⁴.

No que toca à população LGBT, por exemplo, o texto de Tereza Rodrigues Vieira, destaca a vulnerabilidade do transexual, não só pela sua condição de gênero específica, como também por fatores outros que sequer terminam com a cirurgia de adequação, tais quais a mudança de nome e sexo nos seus documentos³⁹⁵. Mais uma vez, destaque-se, é possível que o sujeito, inclusive, possa estar em condições de vulnerabilidade por múltiplos fatores, como, por exemplo, o que ocorre com o preso LGBT³⁹⁶.

Como já apontado, o ramo do Direito que até então mais vem se valendo do conceito de vulnerabilidade é o Direito do Consumidor³⁹⁷, que o teria por pedra de toque³⁹⁸. Assim, por

³⁹¹ KLOCK, Andréa Bulgakov; CAMBI, Eduardo. Vulnerabilidade socioambiental. In: *Revista dos Tribunais*, vol.898, ano 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.61.

³⁹² GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. In: *Revista Bioética*, vol.7. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.

³⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.115.

³⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.100.

³⁹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p.382.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Heverton Garcia de; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p.410.

³⁹⁷ SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MUÑOZ, Maria Paula Consta Bertran. Paralelismo entre

exemplo, se afirma que na relação de consumo a vulnerabilidade decorre da fragilidade do consumidor em, ao menos, três frentes: por conta da publicidade, pela questão técnico-profissional e pelo âmbito jurídico³⁹⁹. Cláudia Lima Marques, por sua vez, afirma que a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica, jurídica, fática e informacional⁴⁰⁰. Divergências classificatórias à parte entre os autores, resta a concordância com o quanto aqui defendido de que são diversos os fatores que podem gerar a situação de vulnerabilidade.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem afirmam que a vulnerabilidade não é constatada a partir de critérios comparativos entre sujeitos, sendo “mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”⁴⁰¹.

Na mesma linha, Yann Favier, afirma que

a vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como ‘naturais’ e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações)⁴⁰².

Acredita o autor que o uso da expressão vulnerabilidade acaba sendo mais político do que jurídico. Apareceria muito mais como fundamento de políticas públicas para a proteção de

assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em concessão de crédito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.116.

³⁹⁹ SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.147-149. De acordo com o autor, a vulnerabilidade pela publicidade decorreria do uso de modernas técnicas de marketing que seriam capazes de convencimento e manipulação psíquica dos consumidores, fragilizando sua manifestação de vontade; a técnico-profissional decorreria do desconhecimento do consumidor quanto aos meios utilizados para produzir produto ou conceber serviço; a jurídica, por fim, se vincularia com o uso de contratos de massa e adesão, realizados muitas vezes por setores jurídicos dos próprios fornecedores já preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais.

⁴⁰⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.117-124. Para a autora, vulnerabilidade técnica se dá quando ‘o comprador não possui conhecimentos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços’; a jurídica ou científica seria ‘a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia’; a fática ou socioeconômica tem por causa ‘o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam’; e, por fim, a informacional, que se caracteriza pelo déficit informacional do consumidor.

⁴⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.120.

⁴⁰² FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.16.

sujeitos apontados como vulneráveis, do que em textos legais propriamente ditos⁴⁰³. Não julga, entretanto, que se deva criar uma categoria jurídica das pessoas vulneráveis⁴⁰⁴. Isto se daria especialmente por conta de seu conceito abarcar situações das mais diversas, como

crianças, estrangeiros situados em zona de retenção, os maiores protegidos, todas as pessoas consideradas pela condição de seguridade social, os beneficiários de assistência judiciária gratuita, os particulares superendividados, os consumidores, uma parte dos locatários quanto à sua habitação principal, os devedores e os fiadores, os profissionais em situação de dependência econômica, as pessoas idosas ou aquelas com problemas de saúde, os assalariados protegidos, os estagiários, as pessoas fisicamente e psicologicamente fragilizadas (...) tem vocação a ingressar na categoria das pessoas vulneráveis⁴⁰⁵.

O rol de sujeitos vulnerados apresentados por Yann Favier é ainda mais amplo do que o antes apresentado. Traz inclusive algumas questões extremamente situacionais e não vinculadas a características inerentes ao sujeito (mais próximas do que acontece quando se considera o consumidor como vulnerável), ao contrário do que ocorre nas situações já elencadas em que a vulnerabilidade decorre de características intrínsecas, como no caso do idoso, da criança e do portador de transtorno mental.

De acordo com Tereza Rodrigues Vieira a vulnerabilidade é

um risco enfrentado pelo indivíduo no tocante à sua vida, ao seu trabalho e aos seus bens, por ser detentor de determinadas características ou estados que o enfraquece perante os demais, colocando-o em situações de desamparo, dificuldade e estresse difíceis de serem labutados diante das atuais contingências⁴⁰⁶.

O incapaz portador de transtorno mental é, claramente, um sujeito não empoderado, com grande potencialidade para viver as situações de desamparo, dificuldade e estresse acima narrados. Até porque, ao menos formalmente, para superação de tais contingências, encontra-se à mercê de outros atores detentores do poder, sejam eles os familiares, os médicos, os cuidadores ou os juízes. Clarifique-se que não se está a afirmar aqui que estes agentes morais ajam, necessariamente, de modo lesivo aos que se encontram sob seu poder. Acredita-se até que, no mais das vezes, boas são as intenções, embora não necessariamente os resultados. O que se afirma tão somente é que, diante do surgimento do conflito, encontram-se os sujeitos vulnerados em situação de inferioridade.

As causas da vulnerabilidade do incapaz portador de transtorno mental são múltiplas, o que agrava ainda mais aquela condição. É vulnerado, do ponto de vista da saúde, por conta do

⁴⁰³ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.21-22.

⁴⁰⁴ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.23.

⁴⁰⁵ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.23.

⁴⁰⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012, p.375.

próprio transtorno mental; pela perspectiva social, por conta do estigma carregado por sua condição; sob o enfoque da lei, por ser colocado como um cidadão de segunda classe, submetida sua vontade à de terceiro.

Por conta desta condição, acaba o incapaz portador de transtorno mental por sofrer dificuldades diversas para a realização do seu projeto existencial, da sua vida digna, dos seus direitos da personalidade. É justamente buscando identificar as dificuldades e violações sofridas e coloca-las sob o prisma jurídico, que são escritas as seguintes linhas deste capítulo.

Diversas vezes haverá nas abordagens realizadas equivalência direta com algum ou alguns direitos da personalidade em espécie listados no CC-2002. Esclarece-se que, por opção metodológica, não se fará em tais casos abordagem aprofundada sobre cada um destes direitos, posto que não é o objetivo da presente tese⁴⁰⁷.

5.1 O ESTIGMA: NORMALIDADE, LOUCURA, CRIME E PECADO

A incapacidade produz não apenas o efeito jurídico de diminuição da capacidade de fato do sujeito, mas também a sua própria diminuição enquanto indivíduo diante da sociedade. Soma-se a isto, no grupo de sujeitos analisados nesta tese, também a condição de portador de transtorno mental, amplificando ainda mais o efeito que faz com que seja visto como um ser de segunda categoria.

Isto em parte se deve à formatação na medicina de uma oposição entre o normal e o patológico, visto ora como opostos qualitativos, ora como diferença quantitativa. Neste segundo contexto é que a doença é vista como excesso ou falta naquilo que seria o normal⁴⁰⁸.

Nesta linha é que, afirma Marcelo Veras, não há espaço na atual sociedade para a revolta e a indignação; “o novo cidadão é parametrizado e disciplinado por uma psiquiatria que rastreia tudo o que for inibição ou excesso em relação à norma”⁴⁰⁹. E têm-se ainda problemas quanto ao modo como é feita esta quantificação da normalidade, já que muitas vezes não são levadas

⁴⁰⁷ Sobre o tema dos direitos da personalidade tem-se diversas obras de referência a que se poderia remeter o leitor. Ver, por todos: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁰⁸ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.13-14.

⁴⁰⁹ VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência laciana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p.18.

em consideração fatores outros, como os traços singulares da experiência social de cada sujeito⁴¹⁰.

Ganguilhem explora, de modo analítico, o resultado desta presunção como desenvolvido por Augusto Comte⁴¹¹. Comte adota a premissa encontrada em Broussais, desenvolvida no campo da fisiologia, e que poderia ser historiada antes a Bichat e ainda antes a Pinel, de que toda doença consistiria “no excesso ou falta de excitação dos diversos tecido abaixo ou acima do grau que constitui o estado normal”⁴¹². Comte não apenas adotou a ideia, como a expandiu não apenas para a patologia, mas para as mais diversas aplicações, acreditando se tratar de princípio universal, que poderia ser aplicado até mesmo no campo da política⁴¹³.

Entretanto, a tese de Comte seria equivocada porque o aumento ou diminuição em relação ao estado normal não consistiria, necessariamente, característica de patologia e anormalidade. Basta pensar no exemplo do aumento do número de glóbulos brancos que ocorre tanto durante a digestão, como no início de uma infecção. Ademais, embora indique a necessidade de determinação do normal, não oferece critérios para a sua identificação. Falha, portanto, em conseguir provar que normal e patológico se encontram qualitativamente no mesmo grau⁴¹⁴. E falha, justamente, pela incapacidade em dar uma definição puramente objetiva do normal, e por não conseguir traduzir toda e qualquer distinção entre normal e patológico a partir da quantificação⁴¹⁵.

O sujeito é, simplesmente, visto como anormal e nada mais⁴¹⁶. A ideia de normalidade do ser, partindo da medicina, acaba por se formar a partir da de uma normatividade vital, que teve sua origem essencialmente em análises fisiológicas. Assim, aquilo que não se encaixa no normativo é anormal. A diferença, embora seja anormal neste sentido, de não se encaixar no padrão normativo, não é necessariamente algo ruim, patológico. Acontece que o estudo do anormal sempre se deu com foco na anormalidade patológica, o que reforçou a relação entre o diferente e o indesejável⁴¹⁷.

É extremamente interessante ver como se passa esta ideia da normatização na medicina, quando se pretende inseri-la numa análise que tem por ponto central o Direito, que tem, por

⁴¹⁰ Ibidem, p.66.

⁴¹¹ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.24. E Claude Bernard, na sua trilha, embora sem qualquer referência confessa.

⁴¹² GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.16.

⁴¹³ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.17.

⁴¹⁴ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.18.

⁴¹⁵ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.20.

⁴¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.63.

⁴¹⁷ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.52-53.

essência, forte relação com a normatividade, sendo, em última instância, uma atividade relacionada com o dever-ser. É nesta transposição que se verifica como múltiplos saberes contribuem para a constituição da situação de exclusão do incapaz portador de transtorno mental.

Tem-se a formação da falta de lugar no mundo, do preconceito, com a definição e redução do indivíduo à sua doença. Até porque a ideia de doença, mais do que médica, é formada pelo próprio doente e pelo meio social; “estar doente significa ser nocivo, ou indesejável, ou socialmente desvalorizado”⁴¹⁸.

Ideia esta que tem pleno encaixe com a de estigma que, no dizer de Goffman, é “a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena”⁴¹⁹. É exatamente o que acontece com o portador de transtorno mental, de modo que muitas vezes tudo que se sabe sobre ele é tão somente que existe um padrão de normalidade e que ele não se encontra neste inserido.

O estigma, como fato social que é, se forma não somente a partir da constatação da diferença, mas também da atribuição de um valor negativo a esta. Como afirma Goffman

enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considera-lo como uma criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída⁴²⁰.

Há, portanto, a redução do doente à sua doença, com a conseqüente desconsideração dos outros fatores que o tornam um ser humano total. Rompe-se com a ideia de igualdade⁴²¹.

Diversas são as situações causadoras de estigma. Algumas se dão por conta de deformidades físicas; outras, por questões tribais, de raça, de religião; por fim, aquelas tidas como culpas de caráter individual, lidas como fruto da fraqueza da vontade, dentre as quais se incluem os transtornos mentais, alcoolismo e vícios, dentre outros⁴²². Todas, entretanto, têm em comum a consequência de não aceitação do sujeito como igual no corpo social.

O estigma pode colocar o sujeito tanto na situação de *desacreditado* como de *desacreditável*. No primeiro caso, o estigmatizado assume que as características que o tornam diferente são já

⁴¹⁸ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.46.

⁴¹⁹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.7.

⁴²⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.12.

⁴²¹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.17.

⁴²² GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.14.

conhecidas ou facilmente verificáveis pelos outros sujeitos. No segundo, ao contrário, acredita que tais características não são conhecidas nem verificáveis de imediato e, via de regra, procurará ocultar a existência do seu estigma⁴²³.

Embora a maior parte dos estigmatizados passem por ambas as situações, cada tipo de estigma tende a gerar mais facilmente uma delas, o que, inclusive, pode trazer mudança no modo do comportamento do sujeito. Mesmo focando-se a análise apenas no transtorno mental, dada a amplitude de situações que o termo abarca, haverá certamente sujeitos com vivências mais enquadráveis em cada uma das duas categorias.

Reações normais do sujeito desacreditado são a vergonha, o excesso de autoexigências, bem como o auto-ódio e a autodepreciação⁴²⁴, a sensação de invasão de privacidade⁴²⁵; podem desembocar também na utilização do estigma como desculpa para todos demais fracassos, ou na visão do estigma como uma bênção secreta, com base na ideia de que o sofrimento pode ensinar muitas coisas⁴²⁶.

Ademais, muitas vezes o sujeito procura não ter comportamentos que seriam considerados normais se praticados por pessoas não estigmatizadas, mas que acabariam por nele ter um peso maior, como o caso do ex-paciente mental que teme ter uma discussão acalorada com a esposa ou o empregador⁴²⁷. Ou seja, ocorre uma redução das próprias possibilidades de ação do sujeito, por conta de ele evitar as condutas que de alguma maneira poderiam reforçar o seu estigma.

No caso do portador de transtorno mental este estigma se manifesta através do fato de que é sempre atribuída à loucura um sentido que traz uma diminuição do sujeito, seja por ato a ele alheio ou a ele atribuível. Neste segundo sentido é que na Idade Média, por exemplo, a loucura é colocada na hierarquia dos vícios, servindo como contraponto à prudência⁴²⁸.

Interessante perceber que a doença mental muitas vezes não ganha os contornos pelos quais se costumam classificar outras doenças, já que “eles não sofrem de um objetivável

⁴²³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.14.

⁴²⁴ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.17.

⁴²⁵ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.25.

⁴²⁶ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.20.

⁴²⁷ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, p.24.

⁴²⁸ FOUCAULT, *História da loucura*, p.22.

disfuncionamento do corpo, mas sim com respeito ao contexto social, quer dizer, ao que é normativamente esperado pela sociedade⁴²⁹. Tal afirmação apenas reforça a percepção aqui sustentada não só de relativização quanto ao contexto do que é normalidade, como também de que a não inserção neste contexto traz ao sujeito prejuízos que são não apenas de ordem jurídica, mas também social.

Noemi Murekian, ao tratar especificamente do estigma do portador de transtorno mental, diz que ela se manifesta de três formas diferentes: como auto-estigmatização, estigmatização pública e estigmatização antecipada⁴³⁰. Ou seja, os efeitos do estigma partiriam do próprio portador de transtorno, daqueles que com ele convivem, bem como daqueles que simplesmente criam um ideário sobre como seria o portador de determinado transtorno.

Este processo, degradante da dignidade como um todo, gera também violação direta à imagem atributo destes sujeitos. Por imagem atributo entende-se o conjunto de características pelas quais costuma ser identificado um indivíduo⁴³¹. E, no caso das costumeiramente referidas ao portador de transtorno mental, enquanto grupo social, raramente são elas positivas.

A título de exemplo, basta apontar como diversas das palavras utilizadas ao longo da história ou ainda hoje para se referir a alguns transtornos mentais são costumeiramente utilizadas como ofensas. Louco, idiota, demente, imbecil, retardado, dentre outras, facilmente saltam à boca quando quer se referir a alguém pejorativamente. Situação, aliás, muito similar à que ocorre envolvendo também questões raciais e de gênero⁴³².

De igual modo, acontece também a identificação do transtorno mental com o crime. Não causa nenhuma estranheza, por exemplo, a expressão “assassino psicopata”, como se a psicopatia fosse em si a garantia da condição de assassino. Outras vezes, condutas legítimas, porém tidas como criminosas em certo momento histórico, são também associadas ao transtorno mental. Assim foi, exemplificativamente, nos Estados Unidos da América, em que

⁴²⁹ FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de; RIBEIRO, Guilherme Almeida. Reforma psiquiátrica e exclusão: as experiências de Reggio Emilia a Perúgia. In: *Estudos de Psicologia* (Natal), vol.11, n.3, 2006. Disponível em <www.scielo.org>. Acesso em 20 dez. 2014, p.308.

⁴³⁰ MUREKIAN, op.cit., p.147.

⁴³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.157. O que se costuma chamar de imagem retrato, ao contrário diz respeito à ‘representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento’.

⁴³² Interessante, por exemplo, a recente campanha publicitária “Like a girl” (como uma garota), da marca Allways, em que se pedia a mulheres que fizessem coisas “como uma garota”, ao que, a maior parte delas, acabava dando uma representação estereotipada num sentido negativo. Assim, por exemplo, quando se pedia para uma das participantes “correr como uma garota”, ela acabava por correr de um modo que ridicularizava o modo como, em tese, as garotas correm.

se atribuía ao escravo que fugia a pecha de uma doença mental então intitulada drapetomania, cujo sintoma era o desejo de libertar-se⁴³³.

Há ainda a censura moral que pesa sobre o portador de transtorno mental. Isto, principalmente, pela associação muitas vezes realizadas ao longo da história entre loucura e pecado⁴³⁴. Por um lado, já se teve a loucura vista como castigo divino; a outro giro, algumas condições como a de “degenerado”, sempre estiveram a meio caminho entre o pecado e a doença. Situação, aliás, compartilhada também pelo pródigo, que tem sua condição vista como um mal moral⁴³⁵, e pelo portador de doença venérea⁴³⁶.

Nas tragédias gregas, aliás, não faltam exemplos em que a loucura é associada ao divino e ao crime. Na obra de Sófocles, Atena torna Ajax momentaneamente delirante para que não seja morto Ulisses, loucura esta que acaba culminando com seu suicídio. Na de Eurípides, por ação de Hera, a loucura insuflada em Hércules faz com que ele mate os familiares que acabara de salvar⁴³⁷. Na *Ilíada*, de Homero, tem-se a loucura de Cassandra, profetiza de Apolo, por influência do próprio deus, em que pese haja interpretação que entenda esta loucura, ao contrário daquela de Ajax, como algo positivamente valorativo⁴³⁸. Ainda na mitologia grega, também Hera castiga Dionísio com a loucura, levando-o a cometer assassinatos⁴³⁹.

Também a mitologia cristã traz exemplo da loucura como castigo divino. Assim é que Deus teria punido o rei Nabucodonosor para lhe ensinar humildade e submissão ao reino dos céus, fazendo com que passasse o rei a ter a mente de um animal, morando no campo com os animais, comendo erva junto com os bois⁴⁴⁰.

⁴³³ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.146.

⁴³⁴ FOUCAULT, *História da Loucura, passim*.

⁴³⁵ MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. In: *Revista dos Tribunais*, vol.97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935, p.334.

⁴³⁶ SOARES, Orlando. Incapacidade, inimputabilidade e preservação da saúde mental. In: *Revista Forense*, vol.325 Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.82.

⁴³⁷ BARROS, Gilda Naécia Maciel de. A loucura como castigo – Ajax e Hércules. Delírio suicida, delírio homicida. In: *International studies on law and education*, vol.12. Porto: Universidade do Porto, 2012, *passim*. Disponível em < <http://www.hottopos.com/isle12/25-32gilda.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2014.

⁴³⁸ PEREIRA, Reina Marisol Troca. *Cassandra – profecias de morte no Agaménnon de Esquilo*. Disponível em: <<https://ubithesis.ubi.pt/bitstream/10400.6/721/1/CASSANDRA.doc>>. Acesso em 26 dez. 2014.

⁴³⁹ MOURÃO, Ellen Reis. Dionísio, o deus do vinho, da loucura, do êxtase e da tragédia. Disponível em: <<http://ulbra-to.br/encena/2014/10/17/Dionisio-o-deus-do-vinho-da-loucura-do-extase-e-da-tragedia>>. Acesso em 26 dez. 2014.

⁴⁴⁰ BÍBLIA, Livro de Daniel, capítulo 4, versículos 16 e 32.

‘16 Seja mudada a sua mente, para que não seja mais a de um homem e lhe seja dada a mente de um animal; e passem sobre ele sete tempos.

(...)

O rompimento com a identificação com o outro, aliás, especialmente nos casos de transtorno mental mais grave, em que o sujeito conta com pouquíssima capacidade de discernimento, é um fator comum. Isto se dá como saldo da construção ontológica do ser humano como ente fundado na razão⁴⁴¹, fruto do iluminismo. Assim, a ausência ou déficit de razão acaba sendo identificada, ainda que de modo inconsciente, com o não reconhecimento daquele sujeito como um igual, merecedor de respeito.

Uma passagem de relatos sobre ocorrência comum no Colônia é bastante ilustrativa da desumanização do sujeitos: “fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortava os pavilhões era fonte de água. Nem todos tinham estômago para se alimentarem de bichos, mas os anos no Colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade”⁴⁴². Até mesmo a preocupação com necessidades básicas do ser humano passam a ser ignoradas, pois não se identifica aquele ser com percepção de alteridade.

Note-se que o estigma tende a se fortalecer ainda mais nos casos em que acontece a internação. Mesmo que findo o transtorno mental, ou, mantido ele, passado o momento que deu causa à internação, corre risco o sujeito de vir a ser sempre aquele que um dia perdeu o juízo e, portanto, é menos consistente.

Iniciou-se a exposição com a abordagem do estigma carregado pelo portador do transtorno mental, por se considerar que ele termina, de um modo ou de outro, por intensificar, reforçar, as demais violações. É justamente este estigma que desempodera o portador do transtorno mental, abrindo a porta para que as demais violações da sua personalidade aconteçam mais facilmente.

5.2 PATERNALISMO, INFANTILIZAÇÃO E A PERDA DA AUTONOMIA.

Uma das heranças do Iluminismo, como já retratado anteriormente no presente trabalho, foi o culto da razão, o ousar pensar por si, o desafio a libertar-se de paternalismos. Este desafio, no

32. E serás expulso do meio dos homens, e a tua morada será com os animais do campo; far-te-ão comer ervas como os bois, e passar-se-ão sete tempos sobre ti, até que conheças que o Altíssimo tem domínio sobre o reino dos homens, e o dá a quem quer’.

⁴⁴¹ MAGALHÃES, Erika Barreto. O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral (tese de doutorado). Fortaleza, 2010, p.183.

⁴⁴² ARBEX, op. cit., p.48.

que toca ao portador de transtorno mental, é ainda maior, já que, visto como desprovido de razão, é normalmente colocada como natural a ideia da sua submissão a outro sujeito. Neste viés é que surge o desafio de não sucumbir ao paternalismo, não apenas, num polo, para o portador de transtorno mental, mas também, no outro, para seus familiares, médicos, amigos, enfim, todos aqueles que compõem sua rede social.

Erika Barreto Magalhães, em sua pesquisa sobre as pessoas com paralisia cerebral, diagnosticou o processo de infantilização a que são submetidos esses indivíduos. Em que pese a pesquisa da autora tratar especificamente das pessoas com paralisia cerebral, diversas das situações nela avaliadas são amplamente extensíveis às pessoas portadoras de transtorno mental em geral.

De acordo com a autora, a infantilização é entendida como uma instância de controle. Por conta da debilidade física ou, afirma-se aqui, mental, da condição de um sujeito, é ele submetido a um controle excessivo por parte dos que estão em seu convívio, o que o coloca em posição de subalternidade e passividade⁴⁴³.

Essa infantilização, essa força de formatação, que pretende adequar a pessoa com deficiência no papel que a ela se atribui previamente, se daria principalmente a partir de três elementos, “o argumento da vulnerabilidade como explicação para a necessidade de controle e cerceamento, a negação da sexualidade e da desejabilidade com base no corpo rejeitado, e a afirmação da razão como meio de ascensão à vida adulta e reconhecimento social”⁴⁴⁴.

Assim é que, se por um lado se reconhece o sujeito como vulnerável, por outro o mesmo argumento é utilizado como justificativa para a pretensão de estabelecer sobre ele o controle, entendido enquanto proteção. Tal conduta, entretanto, tem sido apontada como desfavorável ao desenvolvimento do sujeito, já que enfraquece a sua capacidade de defesa⁴⁴⁵, e, por conseguinte, seu desenvolvimento.

Não se pode, entretanto, desconsiderar que os portadores de deficiência, seja física ou mental, estão mais sujeitos ao risco de abusos. E isso se deve a vários fatores como

a percepção pelo agressor de menor risco de ser descoberto e punido; o descrédito ao relato das vítimas; o isolamento social – o que pode aumentar o risco de ser manipulado por outros; o potencial para desamparo e suscetibilidade à agressão em locais públicos; os valores e atitudes mantidos sobre a capacidade do indivíduo de

⁴⁴³ MAGALHÃES, Erika Barreto. *O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral* (tese de doutorado). Fortaleza, 2010, p.120.

⁴⁴⁴ MAGALHÃES, op. cit., p.122.

⁴⁴⁵ MAGALHÃES, op. cit., p.124.

autoproteção; dentre outros⁴⁴⁶.

A condição de sujeito vulnerado, entretanto, não pode ser utilizada como argumento para exercer sobre o indivíduo um controle que o leve ao isolamento. Os riscos da vida em sociedade estão presentes para todos os sujeitos, capazes e incapazes, portadores de transtorno mental ou não. A vulnerabilidade não é algo exclusivo dos sujeitos que são portadores de alguma deficiência. Já o isolamento social, por sua vez, só torna o sujeito ainda mais vulnerável, diante da impossibilidade de desenvolvimento da experiência.

Destaque-se ainda que a excessiva proteção do vulnerável se dá não apenas por conta de não se querer que sofra ele danos, mas é também ligada à proteção do responsável. É que, diante da ilusão de controle, especialmente diante dos avanços técnico-científicos, surge a ideia de que se o incapaz sofreu o dano foi culpa de alguém, e não mera obra do acaso⁴⁴⁷. A proteção do vulnerável por parte de seus responsáveis, portanto, se apresenta não apenas como resultado da preocupação com aquele, mas também como mecanismo de defesa dos próprios responsáveis, diante das negativas repercussões sociais e mesmo jurídicas que poderia vir a enfrentar caso viesse o incapaz a sofrer dano.

O segundo ponto da infantilização seria a negação da sexualidade. O direito à vida sexual, embora não elencado expressamente no Código Civil de 2002 enquanto direito da personalidade, certamente é integrante de tal categoria. É comum que o deficiente seja visto como assexuado, ou como alguém não apto a ter relações sexuais, por conta de suas próprias limitações. A própria limitação ao incapaz da sua esfera da privacidade, ou mais precisamente da intimidade, inerente ao ato sexual, dificulta que tal processo venha a acontecer⁴⁴⁸.

A despeito disso, as pesquisas costumam indicar a manutenção do desejo sexual⁴⁴⁹. Daniela Arbex, por exemplo, narra diversos episódios que envolveram relações sexuais consentidas dos internos do Colônia⁴⁵⁰. No caso do portador de transtorno mental a preocupação passa não apenas por negar a possibilidade da prática sexual, mas também pelo controle social dos comportamentos sexuais inadequados em público⁴⁵¹.

Até porque, ao tratar da possibilidade do incapaz em ter relações sexuais, se termina, inevitavelmente, retornando a problemas que estão no cerne da discussão sobre a sua

⁴⁴⁶ MAGALHÃES, op. cit., p.126.

⁴⁴⁷ MAGALHÃES, op. cit., p.130.

⁴⁴⁸ MAGALHÃES, op. cit., p.146.

⁴⁴⁹ MAGALHÃES, op. cit., p.150.

⁴⁵⁰ ARBEX, *passim*.

⁴⁵¹ MAGALHÃES, op. cit., p.154.

autonomia, como a própria capacidade de consentimento e entendimento, não só do ato sexual, mas de suas consequências⁴⁵². Aqui, a vulnerabilidade pode também abrir portas para crimes de natureza sexual contra o incapaz portador de transtorno mental, sobre o que não faltam relatos⁴⁵³.

Por outro lado, há também o fator do preconceito como dificultador para que tenha ele uma vida sexualmente ativa, uma vez que a relação de um deles com outra pessoa dita normal é normalmente enxergada pela ótica de que o não deficiente está assim agindo por interesses outros, como o financeiro, a autopunição, ou a incapacidade de arranjar alguém “normal”⁴⁵⁴.

O terceiro ponto de sustento quanto à infantilização é a negação da razão. Ao contrário do que acontece nos casos de paralisia cerebral, narrados por Erika Magalhães, em que por conta das deficiências físicas, há uma presunção de transtornos mentais dos sujeitos, que nem sempre é verdadeira⁴⁵⁵, o mesmo não pode ser dito dos portadores de transtorno mental. Nestes, há, de fato, algum problema com a sua capacidade de entender o mundo. O grande problema aqui é a falta de interesse dos demais sujeitos em entender qual a extensão dessas limitações, optando-se simplesmente por lhes conceber o tratamento infantilizado, que só contribui para a sua perda de autonomia e possibilidade de desenvolvimento pessoal.

Esse processo de infantilização serve como fundamento para justificar a existência de relação de dependência de um sujeito (incapaz), para com o outro (capaz), criando uma relação de poder que ameaça a autonomia do sujeito dito dependente⁴⁵⁶. O fato de ser um sujeito dependente do outro em alguma medida é muitas vezes tomado como elemento de desvalor desse sujeito, o que pode o colocar sob o julgo do outro, inclusive no ambiente familiar.

A pesquisa realizada por Erika Magalhães encontra acordo com o quanto afirmado por Lafayette Pozzoli, para quem três são as atitudes normalmente adotadas diante do portador de deficiência: indiferença, caridade e paternalismo. Na indiferença, simplesmente se exclui o sujeito do convívio social, de modo muito similar ao descrito no tópico seguinte. Na caridade, muitas vezes haveria uma objetificação do deficiente, que é utilizado como meio para que possa o caridoso alcançar suas boas obras. Por fim, no paternalismo, embora a pessoa

⁴⁵² MAGALHÃES, op. cit., p.155.

⁴⁵³ ARBEX, p.88.

⁴⁵⁴ MAGALHÃES, Erika, p.159.

⁴⁵⁵ MAGALHÃES, Erika, p.170.

⁴⁵⁶ MAGALHÃES, Erika, p.186.

portadora de deficiência tenha direitos, não estaria preparada para exercê-los, sendo necessária a conduta de outro sujeito para tanto.⁴⁵⁷

5.3 A EXCLUSÃO DO MUNDO

Outro problema enfrentado pelos portadores de transtorno mental é a sua exclusão social. Foucault já registrava a prática comum na Idade Média que possuíam as cidades de enviar seus loucos para outras cidades. Nesses casos, o que interessava era tão somente a higienização social, que se dava de maneira extremamente eficaz nas cidades portuárias, com o envio da indesejada pessoa para outra cidade através dos navios que ali aportavam. Prática essa que, ainda de acordo com Foucault, é muito bem retratada na obra de Bosch, “A nau dos loucos”⁴⁵⁸.

Provas de que não se trata de uma prática isolada são encontradas na sua repetição séculos depois no território brasileiro. Trata-se do “trem dos loucos” que levava os indesejados para seu destino muitas vezes final, que era o Colônia⁴⁵⁹.

A própria geografia da institucionalização é feita com o objetivo de excluir o interno do resto do mundo. Muitos manicômios foram normalmente construídos em locais distantes e de difícil acesso⁴⁶⁰, atendendo a um só tempo a múltiplos objetivos já que não apenas dificultam a fuga, como também afastam aquelas pessoas desagradáveis da visão da sociedade. Como coloca Marcelo Veras, “a convivência num hospital psiquiátrico ensina como o homem é pródigo em interpor algum tipo de muro para equacionar suas questões com o outro”⁴⁶¹.

Esse distanciamento geográfico favorece também o esquecimento e abandono do portador de transtorno mental tanto por parte dos seus parentes, como das autoridades competentes em zelar por eles. Há relatos no Colônia de pessoas que passaram todo seu período de internação sem receber uma única visita. E, destaque-se, essa era a regra, não a exceção.

⁴⁵⁷ POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.192.

⁴⁵⁸ FOUCAULT, p.

⁴⁵⁹ ARBEX, p.

⁴⁶⁰ RESENDE, Heitor. Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000.

⁴⁶¹ VERAS, op. cit., p.164.

O documentário “A casa dos mortos”, que retrata a vida no Manicômio Judiciário de Salvador, através da narrativa e poesia de um dos seus internos, o “Bubu”, reforça esses casos de alijamento do portador de transtorno mental do mundo. Já na sua abertura há depoimento de diversos internos sobre como já estaria vencida a sua pena e, apesar disso, continuam institucionalizados⁴⁶².

Tão grave quanto o mundo esquecer os internos, é o esquecimento dos internos quanto ao funcionamento do mundo. É o caso, por exemplo, de Almerindo Nogueira de Jesus, que se encontrava internado por crime de lesões corporais, desde 2 de novembro de 1981.

A sentença determinando a medida de segurança pelo período de dois anos, só foi aplicada em 1984, o que significa que quando da sua aplicação já havia ele cumprido além do período ao qual foi condenado. Questionado sobre se ele queria ir pra casa, ele responde que não tem casa e nem quer uma porque “Almerindo já morreu”.

A defensora pública que está tratando naquela cena do caso destaca que não seria sequer caso de internação, mas sim de tratamento ambulatorial. A internação serviu apenas para cortar todos seus vínculos com familiares e amigos⁴⁶³, lhe retirando a capacidade de sobreviver no mundo externo, sem nenhuma rede de apoio social. É a morte social.

Mesmo nos casos em que não há internação esta exclusão da vida social se manifesta, seja nas relações pessoais com a família e a sociedade, seja nas tentativas de, por exemplo, se inserir o sujeito no mercado de trabalho⁴⁶⁴.

O relato pessoal de Helena Gayer, portadora de transtorno bipolar, é muito esclarecedor nesse sentido, trazendo todas as dificuldades acima pontuadas. Tendo passado por diversas internações ao longo da vida em momentos de crise, narra suas dificuldades em concluir seu curso de graduação, bem como em se manter de modo mais duradouro em empregos. Dificuldade encontrada igualmente nas relações familiares, identificado no desconhecimento das suas irmãs quanto à sua condição, relatado num encontro com o psiquiatra⁴⁶⁵.

⁴⁶² DINIZ, Débora. *A casa dos mortos*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 30 set. 2012.

⁴⁶³ DINIZ, Débora. *A casa dos mortos*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 30 set. 2012.

⁴⁶⁴ GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. In: *Revista Bioética*, vol.7 Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.

⁴⁶⁵ GAYER, Helena. Velocidade máxima: os surtos e as sucessivas internações de uma jovem bipolar. In: *Piauí*, n.99. São Paulo: Editora?, 2014, p.57.

A internação, mesmo quando pontual, não deixa de ser um evento traumático, como também narra Helena Gayer, ao relatar algumas das suas internações.

Sem qualquer direito à defesa, sou trancafiada numa cela onde só há uma cama de ferro e um colchão. Desesperada, grito até perder a voz e, exausta, defeco no chão. De joelhos, procuro o comprimido nas frestas entre o chão e a parede, e acabo por encontrar vestígios da passagem de outra alienada. Mas não consigo engolir os comprimidos... E se ainda houver uma chance para mim?⁴⁶⁶.

Por vezes, inclusive, o isolamento em relação ao mundo decorre de condutas do próprio portador de transtorno mental, que acaba por evitar o contato social como modo de evitar sofrer as consequências do estigma⁴⁶⁷, ciclo que, paradoxalmente, se retroalimenta.

Em que pese a mudança de paradigma que afastou a internação como tratamento padrão, e ainda diante do reconhecimento da sua necessidade em momentos pontuais, não há como negar que se constitui como um violento processo de rompimento da relação do sujeito com o mundo.

5.4 O PROBLEMA DA PRIVACIDADE

Como já abordado em capítulo anterior, a privacidade é elemento essencial para a garantia da autonomia. Enquanto direito individual, encontra proteção legal no ordenamento pátrio tanto no Código Civil (art.21), figurando no rol dos direitos da personalidade, como na Constituição Federal (art.5º, X), enquanto direito fundamental.

Em que pese a certeza da sua proteção e da sua importância fulcral para o próprio Direito Privado, se apresenta como direito multifacetado que ainda que não pareça ensejar dificuldades quanto à sua definição, pode trazer dificuldades na sua delimitação e garantia diante do caso concreto.

Apesar de não ser o objetivo desse trabalho a definição do que é privacidade, mas sim a relação entre a sua garantia e a promoção da autonomia do incapaz, não se pode deixar de dissertar sobre o tema, ainda que apenas para firmar o entendimento que sobre ela se adotará no presente texto.

Roxana Borges, ao definir o direito à privacidade, o conecta mais com a não-divulgação de informações, na medida em que afirma que ele objetiva “permitir à pessoa excluir do

⁴⁶⁶ Ibidem, p.53-54.

⁴⁶⁷ MUREKIAN, op.cit., p.147

conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais, domésticos, suas preferências em geral, características e apelidos conhecidos apenas pelos que participam de sua vida privada, ou seja, seu círculo familiar mais próximo e seus amigos, evitando, também, a divulgação dessas informações”⁴⁶⁸.

Em que pese ter razão ao apontar que a não-divulgação de informações sobre a vida do sujeito integram o conteúdo da privacidade, essa definição é insuficiente, vez que a privacidade não diz respeito unicamente a isso. O próprio direito de estar só, também brevemente citado pela autora⁴⁶⁹, bem como direitos tais quais possuir espaço territorial que possa excluir terceiros da presença, e não permitir determinados acessos ao seu corpo, também integram a privacidade. Qualquer tentativa de criar uma lista das situações abrangidas pela privacidade, entretanto, dada a sua extensão nascem já fadadas ao fracasso, de modo que os pontos citados são meramente exemplificativos.

Desta feita, a privacidade pode ser definida como o direito que possui toda pessoa de ter aspectos da sua vida em que pode exigir a não interferência de terceiros, tanto na esfera física, psíquica como social.

Um ponto em que parece haver consenso é o de que a privacidade possui diversos níveis. Neste jaez é que surge a distinção comumente feita entre privacidade e intimidade, em que essa integraria uma esfera ainda mais resguardada do indivíduo e, portanto, com proteção também mais fortemente assegurada.

A garantia da privacidade do portador de transtorno mental é muito mais fácil de ser atingida quando mantido fora do ambiente hospitalar. Não que a não-internação seja garantia de privacidade, já que muitas vezes, até por conta do processo de infantilização acima descrito, a família deixa pouco espaço para que o sujeito possa exercer a autonomia quanto à sua vida privada.

A despeito disso a internação é, sem dúvidas, fator de limitação da privacidade da pessoa. A necessidade de convívio com outros pacientes, somado ao corpo de profissionais hospitalares, diminui sobremaneira o espaço para que possa o sujeito exercer o seu direito de estar só. Situação essa que se agrava tanto mais quanto maior for o contexto de dependência⁴⁷⁰, que é o

⁴⁶⁸ BORGES, Roxana, op. cit., p.163.

⁴⁶⁹ BORGES, Roxana, op. cit., p.163.

⁴⁷⁰ PUPULIM, Jussara Simone Lenzi. *Satisfação do paciente hospitalizado com sua privacidade física: construção e validação de um instrumento de medida* (tese de doutorado). USP, 2010, p.17.

que costuma se estabelecer nas instituições hospitalares em que são os portadores de transtorno mental internados.

A intromissão na esfera da privacidade na área da saúde, se dá em diversos contextos, como “do corpo, da informação, do espaço pessoal, do território, no campo psicológico e moral”⁴⁷¹, já que normalmente há não apenas a falta de um espaço em que o paciente possa estar só, mas há também a busca por informações pessoais, muitas vezes íntimas, com o objetivo de buscar o tratamento mais adequado.

Destaca Jussara Pupulim que a demarcação do espaço de privacidade do sujeito internado termina sendo fixado com base na própria atitude desse em impor limites. Entretanto, a própria força para impor esses limites é menor quando o sujeito se encontra numa situação de internação, que é uma condição que em si já o fragiliza⁴⁷², o que, uma vez mais, se agrava em se tratando do portador de transtorno mental.

Realiza-se tal afirmação a partir de um diálogo com o ponto anteriormente abordado, da infantilização do portador de transtorno mental. A retirada do status de pessoa capaz cria a ideia de que está ela constantemente precisando de que alguém a fiscalize e imponha limites, reforçando o imaginário de necessidade de redução da sua privacidade.

Jussara Pupulim, ao abordar a privacidade, até por conta de realizar pesquisa na área da saúde, o faz partindo de referenciais teóricos não muito comumente encontrados no Direito. Inicia abordando a teoria da privacidade de Alan Westin, para quem o indivíduo se equilibra entre o desejo de privacidade e o desejo de conviver em comunidade. A privacidade, o desejo de estar só, não seriam, portanto, desejos que existiriam em termos absolutos, de modo que a privacidade consistiria

no afastamento voluntário e temporário de uma pessoa da sociedade em geral, seja por meios físicos ou psicológicos, seja por uma condição de solidão ou intimidade quando em pequenos grupos, seja sob a condição de anonimato ou reserva quando em grupos maiores⁴⁷³.

Para Westin, as condições básicas para a privacidade individual seriam a solidão, a intimidade, o anonimato e a reserva. Já as funções da privacidade seriam a autonomia pessoal, a liberação emocional, a auto-avaliação e a comunicação limitada e protegida⁴⁷⁴.

A perda de privacidade do portador de transtorno mental dentro das instituições hospitalares é também apontada por Michel Foucault. O autor aponta como, na sociedade de controle e

⁴⁷¹ PUPULIM, op. cit., p.19.

⁴⁷² PUPULIM, op. cit., p.19.

⁴⁷³ PUPULIM, op. cit., p.23.

⁴⁷⁴ PUPULIM, op. cit., p.24-31.

disciplinar, tudo é feito para se obter informações que permitam a dominação sobre os sujeitos; é a lógica do panóptico⁴⁷⁵⁴⁷⁶.

De acordo com Goffman, a perda da privacidade é característica comum nas instituições totais. Não há espaço para fronteiras entre o indivíduo e o seu ambiente, sendo tais violações perpetradas de diversas maneiras. Assim, não há espaço para reserva de informação sobre o eu, sendo todos os fatos sobre o sujeito, notadamente os desabonadores, reunidos em dossiê à disposição dos que possuem o controle⁴⁷⁷. Do mesmo modo, há a exposição do sujeito durante exames médicos, bem como na ausência de portas nos banheiros e dormitórios, muitas vezes inclusive na presença de pessoas do mesmo sexo⁴⁷⁸. É interessante notar como opera a objetificação do sujeito no que toca à nudez e à sua leitura por um viés sexualizado. Se, por vezes, resulta no uso deste corpo para fins sexuais, como se verá no próximo tópico, noutras, é vista sem qualquer conteúdo erótico, passando de modo indiferente pelos olhos dos demais pacientes e vigilantes⁴⁷⁹. Manifesta-se ainda a ausência de privacidade mediante a possibilidade de leitura e censura da correspondência do interno⁴⁸⁰, seja ela física ou eletrônica.

Não faltam na prática traumáticos exemplos que demonstrem a perda da privacidade do portador de transtorno mental. No Colônia, por exemplo, eram os internos submetidos a conviver num mesmo espaço, sem qualquer chance de espaço para exercer a sua individualidade. Não se encontrava lá a possibilidade de equilíbrio apontada por Westin, estando os sujeitos submetidos todo o tempo à convivência pública e social. No mais das vezes nem mesmo nos momentos de descanso alcançavam os internos do Colônia qualquer referência a espaço privado, o que se nota pela ingrata substituição dos leitos hospitalares por capim, onde dormiam aglomerados os internos⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p.167. ‘O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto’.

⁴⁷⁶ Sobre a questão da busca desenfreada por informações na atual sociedade, ver também o artigo de Roxana Borges sobre a proteção do direito à privacidade do sujeito em relação às coisas que joga no lixo. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à privacidade e lixo – abandono de coisa e irrenunciabilidade a direitos da personalidade. In: *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 2, n.3. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁴⁷⁷ GOFFMAN, op. cit., p.31.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p.32.

⁴⁷⁹ VERAS, op. cit., p.169.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p.37.

⁴⁸¹ ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013, p.26.

Na mesma linha o caso do Bethlem Hospital, em Londres, em que os pacientes ficavam expostos à visitação pública para visualização como se fosse um verdadeiro zoológico humano⁴⁸², com total desrespeito à sua privacidade.

A privacidade é alvo de regulamentação, inclusive, pelo Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, que determina no seu art.28 que se deve “respeitar o natural pudor, privacidade e intimidade do paciente”. Tal proteção se dá imbricada com a garantia da autonomia, já que o mesmo diploma dispõe no seu art.27 o dever do enfermeiro de “respeitar e reconhecer o direito do cliente de decidir sobre sua pessoa, seu tratamento e seu bem-estar”⁴⁸³.

Regulamentação essa que se repete também no Código de Ética Médica, que no seu art.63 protege a privacidade determinando que é vedado ao médico “desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais” e no seu art.48 protege a autonomia ao afirmar que é vedado ao médico “exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa e seu bem-estar”⁴⁸⁴.

Essas determinações dos códigos de ética dos profissionais de enfermagem e de medicina, acerca da autonomia e da privacidade, se encontram correlacionadas. Como já foi discutido em capítulo anterior, parte da realização da autonomia se encontra vinculada à ideia de privacidade. Ao se retirar do sujeito a possibilidade de decidir sobre o próprio eu, se está também comprometendo a existência do seu espaço privado, que para se realizar depende da existência de uma área de não interferência.

No que toca especificamente ao portador de transtorno mental internado, Jussara Pupulim apresenta estudo que indica que o fator de maior incômodo apontado por pacientes do sexo masculino com médio grau de dependência foi a falta de privacidade para a toalete e para ir ao banheiro⁴⁸⁵.

A relação da autonomia com a proteção da privacidade se torna ainda mais clara na medida em que os estudos apontam que a concepção de privacidade varia de indivíduo para indivíduo⁴⁸⁶. Em que pese a necessidade de formulação de procedimentos de rotina por parte dos profissionais de saúde, a garantia da privacidade deve passar pela consulta ao paciente

⁴⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.54.

⁴⁸³ PUPULIM, op. cit., p.66.

⁴⁸⁴ PUPULIM, op. cit., p.67.

⁴⁸⁵ PUPULIM, op. cit., p.75-76.

⁴⁸⁶ PUPULIM, op. cit., p.81.

sobre os seus limites, que são influenciados pelos mais diversos fatores de sua vivência pessoal.

5.5 A DOCILIDADE DOS CORPOS

A docilidade dos corpos é um termo encontrado de maneira recorrente na literatura de Foucault. Para o autor, a sociedade disciplinar, de controle, cria mecanismos para fazer com que os sujeitos se amoldem ao padrão esperado, inclusive do ponto de vista corporal. Nessa esteira se regulamenta qual é a relação socialmente aceitável do indivíduo com seu próprio corpo, que acaba sendo justamente aquela que se amolda ao padrão socialmente aceito e, principalmente, economicamente necessário.

No já citado documentário “A casa dos mortos”, Antonio Carlos Santana, interno recém-chegado para mais uma internação, dialogando com a pessoa que o recebe para uma espécie de entrevista de admissão, é informado, dentre diversas outras coisas, sobre a necessidade de cortar suas unhas, que de fato estavam enormes. Ele responde que não quer cortar o cabelo, nem as unhas, que ele estaria criando. A pessoa que o entrevista informa que lá “homem não pinta unha”, ao que ele responde dizendo que não há problema em ele pintar as unhas e passar batom⁴⁸⁷.

Em que pese assistir a cena (ou ao menos nela) fique clara a intenção de cuidado da pessoa que recepciona Antonio, esse subtexto serve para destacar como os internos têm retirados de si opções quanto ao uso do seu próprio corpo, ainda que não danosas, para que se adequem ao padrão da instituição que os encarcera.

O corpo do portador de transtorno mental termina também se situando como substrato para a realização do poder através da aplicação de medidas determinadas por aquele sobre eles empoderados, ora sob a justificativa de tratamento, ora sob a de castigo. Em que pese a maior parte de tais medidas na atualidade estar excluída da prática psiquiátrica, não há como ignorar os relatos históricos a título de evitar retrocessos futuros.

⁴⁸⁷ DINIZ, Débora. *A casa dos mortos*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 30 set. 2012.

No Hospital Geral de Paris, à época do reinado de Luís XIV, Uma vez no manicômio eram os doentes submetidos a tratamentos como sangrias, vômitos e outras técnicas mecânicas e cirúrgicas, em caráter muitas vezes experimental⁴⁸⁸, em clara violação do seu direito ao corpo.

Na mesma linha de punições físicas, há registros histórico de portadores de transtorno mental serem açoitados com chicotada de nervo de boi, diante da desobediência, como medida pedagógica⁴⁸⁹.

Quanto mais resistente o sujeito a se submeter ao padrão que pretende a instituição nele inculcar, com mais severidade se dá a atuação sobre seu corpo. Assim, por exemplo, a lista das diversas violações sofridas por Sônia Maria da Costa, interna do Colônia, que costumava reagir de modo mais agressivo ao processo de normalização imposto pelo manicômio. A lista inclui choques diários, trancafiamento em cela úmida sem nada para se aquecer, ser submetida a injeções de ‘entorta’, ser mantida sem água a ponto de ter que beber a própria urina, banho de mergulho em banheira com fezes, retirada de sangue contra sua vontade para realizar transfusão a outros pacientes que necessitavam, são apenas alguns itens da lista⁴⁹⁰.

Ainda sobre o corpo, não se pode deixar de apontar o monstruoso uso indevido dos corpos dos internos do Colônia, objetificados e comercializados inclusive após sua morte. Conforme dados, apenas entre 1969 e 1980 foram vendidos 1.850 corpos dos internos para as faculdades de medicina do país. Quando este comércio deixou de ter valor, por conta de já se encontrarem as faculdades de medicina sem necessidade de corpos, passou-se então a buscar novo filão, decompondo em ácido os cadáveres, para vender as ossadas às faculdades de odontologia. O procedimento era feito em pleno pátio, na frente dos demais internos⁴⁹¹.

Outra preocupação que surge quanto ao uso por terceiros do corpo de portador de transtorno mental, especialmente diante da sua já citada vulnerabilidade, é o campo das pesquisas em seres humanos⁴⁹². Santos e Emmerich apontam que muitas vezes os sujeitos que assinam termo de consentimento informado para participar de pesquisas não entendem a pesquisa da

⁴⁸⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.58.

⁴⁸⁹ SOARES, Orlando. Incapacidade, inimizabilidade e preservação da saúde mental. In: *Revista Forense*, vol.325 Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.83.

⁴⁹⁰ ARBEX, op. cit., p.51.

⁴⁹¹ ARBEX, op. cit., p.77-79.

⁴⁹² GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. In: *Revista Bioética*, vol.7 Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014; SANTOS, M.; EMMERICH, A.. O consentimento livre e esclarecido e a vulnerabilidade do sujeito de pesquisa. In: *Revista Bioética*, v.19. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em: 09 Jan. 2015, p.553.

qual participam, nem os seus direitos⁴⁹³, situação que certamente se agrava no caso do portador de transtorno mental que tenha seu discernimento reduzido.

Neste jaez é que, em que pese, por exemplo, o desenvolvimento dos psicofármacos ter sido importante elemento no processo de desinstitucionalização do portador de transtorno mental, se faz necessário estar atento a eventuais conflitos de interesses entre estes e a indústria farmacêutica no desenvolvimento de novas drogas. Até porque, há dados de que as pesquisas financiadas diretamente pela indústria farmacêutica costumam ter maior número de resultados favoráveis, do que aquelas feitas por instituições independentes, o que pode indicar alguma manipulação de resultado⁴⁹⁴.

⁴⁹³ SANTOS, M.; EMMERICH, A.. O consentimento livre e esclarecido e a vulnerabilidade do sujeito de pesquisa. In: *Revista Bioética*, v.19. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>>. Acesso em: 09 Jan. 2015, p.554.

⁴⁹⁴ SOUZA, R., et al. Conflitos de interesses na pesquisa médico-farmacológica. *Revista Bioética*, v.21. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>>. Acesso em: 09 Jan. 2015, p.238.

6 CAMINHOS PARA A PROMOÇÃO DA VIDA DIGNA DO INCAPAZ PORTADOR DE TRANSTORNO MENTAL

Conforme visto, diversas são as dificuldades enfrentadas pelo incapaz portador de transtorno mental para a realização da sua vida digna, notadamente por conta do seu escasso grau de autonomia. Acredita-se, entretanto, que há medidas que podem ser tomadas para minimizar estes prejuízos, inclusive no âmbito do Direito.

Há que se superar a tendência de confundir solidariedade com paternalismo, que se reconhecer que embora cada sujeito seja único, ou até muito por conta disso, são todos plurais em suas necessidades e diferenças⁴⁹⁵.

De acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, historicamente, no direito brasileiro, a proteção dos vulneráveis passou por dois estágios diferentes. Um primeiro relacionado com o combate à discriminação dos sujeitos diferentes, que traria o paradigma da proteção. Neste primeiro momento se teria buscado a proteção do vulnerado ainda que ao custo de medidas que pudessem ser em algum grau segregatórias. Citam como exemplo a educação em escolas especiais para crianças surdo-mudas⁴⁹⁶.

O segundo estágio da proteção, ao contrário, se baseia em promover a proteção respeitando as diferenças, permitindo o acesso dos vulneráveis aos seus direitos sem partir da perspectiva da segregação. A ideia aqui é de desenvolver instrumentos de inclusão, que considerem as especificidades dos vulneráveis criando condições de igualdade para que possam eles conviver no seio da sociedade⁴⁹⁷.

Se por um lado se faz necessário o reconhecimento das diferenças do incapaz, por outro elas também pedem um exercício de alteridade. No mundo pós-moderno, de múltiplas pressões, interesses e incertezas, o transtorno mental, ainda que não convertido em doença ou incapacidade, é uma realidade crescente⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. In: Revista de direito social, ano 6, n.21. Porto Alegre: Fonte do Direito, 2006, p.96.

⁴⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.113-115.

⁴⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.

⁴⁹⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Meio ambiente e saúde mental: uma perspectiva jurídica da solidariedade. In: *CONPEDI – Encontro de Manaus*. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em 4 jan. 2015, p.192.

É necessário entender que, se por um lado o incapaz portador de transtorno mental tem características que o diferenciam das demais pessoas e que o fragilizam, por outro ele é um ser humano completo e merecedor de vida digna. Além do mais, não se deveria perder de vista que o portador de transtorno mental, que hoje pode ser o outro, amanhã pode ser o si. Todos estão sujeitos a vir a desenvolver um transtorno mental, o que, aliás, como se acabou de apontar, é uma tendência crescente.

Muito do que se tem que mudar diz respeito ao contexto social. A superação do estigma, apresentado no capítulo anterior, é o ponto essencial para a construção de um paradigma mais inclusivo, que depende da construção de vínculos de apoio e do desenvolvimento de respeito e confiança entre a comunidade, os portadores de transtorno mental e os trabalhadores desta área⁴⁹⁹.

E vários são os campos pelos quais estes vínculos podem se desenvolver. As provas da sensibilidade e capacidade de contribuição social de diversos portadores de transtorno mental pululam inúmeras, sobretudo no campo das artes. Desnecessário citar os célebres Van Gogh e Virgínia Wolf, por exemplo. Ou ainda figuras como o famoso brasileiro Bispo do Rosário⁵⁰⁰,

⁴⁹⁹ MUREKIAN, op. cit., p.149

⁵⁰⁰ Breve bibliografia do artista pode ser colhida na Enciclopédia Itaú Cultural, disponível em <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/>> que a seguir se reproduz: ‘Arthur Bispo do Rosário (Japarutuba SE 19111 - Rio de Janeiro RJ 1989). Artista visual. Em 1925, muda-se para o Rio de Janeiro, onde trabalha na Marinha Brasileira e na companhia de eletricidade Light. Em 1938, após um delírio místico, apresenta-se a um mosteiro que o envia para o Hospital dos Alienados na Praia Vermelha. Diagnosticado como esquizofrênico-paranóico, é internado na Colônia Juliano Moreira, no bairro de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. Entre 1940 e 1960, alterna os momentos no hospício e períodos em que exerce alguns ofícios em residências cariocas. No começo da década de 1960, trabalha na Clínica Pediátrica Amiu, onde vive em um quartinho no sótão. Ali, inicia seus trabalhos, realizando com materiais rudimentares diversas miniaturas, como de navios de guerra ou automóveis, e vários bordados. Em 1964, regressa à Colônia, onde permanece até a sua morte. Cria por volta de 1.000 peças com objetos do cotidiano, como roupas e lençóis bordados. Em 1980, uma matéria de Samuel Wainer Filho para o programa Fantástico, da TV Globo, revela a produção de Bispo. Dois anos depois, o crítico de arte Frederico Moraes inclui suas obras na exposição À Margem da Vida, no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro - MAM/RJ. O artista tem sido focado em filmes de curta e média-metragens; em livros, como Arthur Bispo do Rosário: o Senhor do Labirinto, de Luciana Hidalgo; e ainda em peças teatrais. Em 1989, é fundada a Associação dos Artistas da Colônia Juliano Moreira, que visa à preservação de sua obra, tombada em 1992 pelo Instituto Estadual do Patrimônio Artístico e Cultural - Inepac. Sua produção está reunida no Museu Bispo do Rosário, denominado anteriormente Museu Nise da Silveira, localizado na antiga Colônia Juliano Moreira.

Comentário Crítico

O passado de Arthur Bispo do Rosário é praticamente desconhecido. Sabe-se apenas que era negro, marinheiro, pugilista, lavador de ônibus e guarda-costas. Nas vésperas do Natal de 1938 é internado no Hospital Nacional dos Alienados, na Praia Vermelha, no Rio de Janeiro, após um delírio místico. Com diagnóstico de paranóico-esquizofrênico, é transferido no ano seguinte para a Colônia Juliano Moreira, em Jacarepaguá. Entre muitas permanências e saídas, vive mais de 40 anos na instituição, onde executa a maior parte de sua obra.

Os trabalhos de Bispo diversificam-se entre justaposições de objetos e bordados. Nos primeiros, utiliza geralmente utensílios do cotidiano da Colônia, como canecas de alumínio, botões, colheres, madeira de caixas de fruta, garrafas de plástico, calçados; e materiais comprados por ele ou pessoas amigas. Para os bordados usa os

e outros menos conhecidos, tais quais Adelina Gomes, Artur Amora, Carlos Pertuis, Fernando Diniz, Isaac Liberato, Octávio Inácio, Raphael Domingues e Emygdio de Barros, todos estes últimos com suas obras compondo a coleção principal do Museu de Imagens do Inconsciente⁵⁰¹. O que se faz necessário é reconhecer que estes sujeitos, com suas diferenças, também têm seu valor e papel social. Se nem sempre integrados ao modo de produção social, ao menos para lembrar a importância da alteridade como característica que faz com que o ser humano encontre sua humanidade.

Isso não significa, entretanto, que não tenha importância o papel do Direito neste processo. Em que pese servir muitas vezes como instrumento de controle a favor dos detentores do poder, tem ele também a possibilidade de agir como meio de modificação da realidade, na busca da construção de uma sociedade mais solidária, calcada no padrão da alteridade.

Tendo tais considerações em mente, neste capítulo será realizada a análise de diversos textos legais sobre o tema da incapacidade e transtorno mental. Nesta análise serão realizadas também algumas propostas de alteração, mas estas não são muitas, porque as mudanças mais necessárias não são da lei, mas do modo de pensar da sociedade e do jurista. A superação do estigma é o desafio primeiro e, em que pese tenha a lei papel importante neste caminho, ela, por si só, é insuficiente.

tecidos disponíveis, como lençóis ou roupas, e consegue os fios desfiando o uniforme azul de interno. Prepara, com seus trabalhos, uma espécie de inventário do mundo para o dia do Juízo Final. Nesse dia se apresentaria a Deus, com um manto especial, como representante dos homens e das coisas existentes. O manto bordado traz o nome das pessoas conhecidas, para não se esquecer de interceder junto a Deus por elas. Bispo faz também estandartes, fardões, faixas de miss, fichários, entre outros, nos quais borda desenhos, nomes de pessoas e lugares, frases com respeito a notícias de jornal ou episódios bíblicos, reunindo-os em uma espécie de cartografia. A criação das peças, para ele, é uma tarefa imposta por vozes que dizia ouvir.

No início da década de 1980, com as questões levantadas pela arte contemporânea com a antipsiquiatria e as novas teorias sobre a loucura, os trabalhos de Bispo começam a ser valorizados e integrados ao circuito de arte. Em 1980, uma reportagem do Fantástico, da TV Globo, sobre a situação da Colônia Juliano Moreira, mostra suas obras, agrupadas no quartinho em que vive. No mesmo ano, o psicanalista e fotógrafo Hugo Denizart (1946) realiza o filme *O Prisioneiro da Passagem* - Arthur Bispo do Rosário. Com a divulgação, veio o reconhecimento artístico das obras, que contribuiu para sua participação, em 1982, na mostra *À Margem da Vida*, no Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro - MAM/RJ, com trabalhos de presidiários, menores infratores, idosos e internos da Colônia. Posteriormente é realizada sua primeira exposição individual, também no MAM/RJ. O crítico de arte Frederico Morais escreve sobre seu trabalho, ligando-o à arte de vanguarda, à arte pop, ao novo realismo e especialmente à obra de Marcel Duchamp (1887 - 1968).

Em 1995, com uma vasta seleção de peças, Bispo representa o Brasil na Bienal de Veneza e obtém reconhecimento internacional. Sua obra torna-se uma das referências para as gerações de artistas brasileiros dos anos 1980 e 1990'.

⁵⁰¹ O Museu de Imagens do Inconsciente fica localizado na capital carioca e tem seu endereço eletrônico disponível em <<http://www.museuimagensdoinconsciente.org.br/>>, onde podem ser conferidas diversas das obras dos artistas portadores de transtorno mental acima citados.

6.1 A CURATELA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A curatela é o instituto, voltado ao maior incapaz, pelo qual se nomeia como curador uma pessoa, que passará a ter o *munus* de zelar pelos interesses daquele, sendo responsável ainda por suprir a deficiência ou impossibilidade de exteriorização de vontade do curatelado. Pode-se afirmar que sua origem histórica remonta até a lei das XII Tábuas, embora com configuração e fundamentos diferentes dos atuais. Assim é que, até o Direito Romano, não era instrumento protetivo do incapaz, mas sim dos interesses patrimoniais dos seus herdeiros⁵⁰².

A fixação da curatela é de grande relevância para a questão da autonomia do incapaz. Acredita-se nisto por dois fatores: em primeiro lugar, pela óbvia questão de que, como se verá, é a partir da fixação da curatela pelo processo de interdição que serão fixados os limites da autonomia do incapaz; em segundo, porque a determinação de quem será o curador é igualmente relevante, já que terá este sujeito grande participação na vida do incapaz.

Diversas são as críticas remetidas à regulamentação da curatela feita pelo CC-2002, principalmente por conta de ser ela mais preocupada com questões patrimoniais do que existenciais, bem como por não estimular de modo mais incisivo o uso de restrições à capacidade serem pensadas de acordo e nos limites da necessidade do interdito⁵⁰³. Há até mesmo quem afirme que a curatela seria uma morte civil⁵⁰⁴, afirmação que se considera exagerada, ao menos se considerada em termos gerais, já que, em alguns casos concretos, pode de fato o ser.

Entretanto, grande parte das discussões que eram feitas em torno da regulamentação da curatela no CC-2002, deverão ser agora deslocadas para os dispositivos normativos do novo Código de Processo Civil (NCPC), aprovado em 17 de dezembro de 2014, já que este através do seu art.1086, II, revogou os arts.1768 a 1773, do CC-2002.

⁵⁰² FUNES, Andrei Mohr; FUNES, Gilmara Pesquero F. Mohr. Generalidades da curatela na perspectiva da pessoa portadora de deficiência – art.1780 do Código Civil de 2002. In: *LTR – Legislação do Trabalho*, ano 73, n.12. São Paulo: LTR, 2009, p.1465.

⁵⁰³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil: fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos. *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.44.

⁵⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.153.

Assim, por exemplo, o acima pronunciado debate a respeito dos limites da autonomia do incapaz, através dos limites da curatela, que se relacionava principalmente com o disposto no revogado art.1782 e no ainda vigente art.1882.

Dispunha o art.1772 que “pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art.1767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art.1782”. O art.1782, por sua vez, determina que “a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.

As diversas críticas existentes na doutrina acerca dos dois artigos acima transcritos focam na necessidade de serem as restrições sofridas pelo sujeito por conta da curatela aplicadas não de modo genérico, mas sim sob medida, causando a menor restrição possível na autonomia do interdito, com o que se concorda nesta tese. Entretanto, especialmente levando em conta a novidade do texto do NCPC, aprofundar-se-á tal discussão quando da análise do novo procedimento de interdição.

Quanto à pessoa que ficará responsável pela curatela, adotou o CC-2002, nos termos do art.1775, a seguinte ordem: cônjuge ou companheiro não separado judicialmente ou de fato; pai ou mãe; descendente que se demonstrar mais apto, preferindo-se os mais próximos aos mais remotos; na falta de qualquer destes, curador escolhido pelo juiz.

Mais do que a ordem legal de preferência para a nomeação para curador, a importância na escolha da pessoa mostra-se enorme, pois a par dos limites da curadoria que sejam legalmente fixados, é este sujeito que, na prática, terá ação decisiva na autonomia do incapaz.

Dada importância do curador na vida do interditando, defende-se que, para além da fria e abstrata ordem legal, devem ser levadas em conta as circunstâncias do caso concreto. De um lado, isto traz a necessidade de ser escutado o incapaz quanto à sua preferência em relação aos possíveis curadores. Não há razão para que tal não ocorra, já que elementos como laços afetivos entre curador e curatelado, que em nada se relacionam à vontade no sentido de móvel para formação de atos jurídicos e portanto não são afetados pela incapacidade, devem ser considerados para a fixação da curatela.

De outro, nos casos de incapacidade superveniente, sustenta-se que a indicação do curador possa ser dada pelo próprio interditando, através de instrumento similar ao testamento vital (diretrizes antecipadas de vontade), elaborado quando ainda contava com a plenitude da sua

capacidade. Como aponta Mônica Aguiar, se é possível a produção de efeitos criados a partir da vontade de um sujeito já falecido, como acontece no testamento, nenhum impedimento há para que sejam levadas em conta as exteriorizações de vontade realizadas antes da perda da capacidade⁵⁰⁵, que, ao menos levando em conta apenas este fator, são plenamente válidas.

Dispõe o art.1776 que “havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado”. A norma é adequada em sua intenção, entretanto parcialmente equivocada na sua redação. Adequada porque, em consonância, como se verá, com o disposto no NCPD, coloca como dever do curador buscar a recuperação do interdito para que se possa, quanto possível, devolver-lhe a autonomia.

Parcialmente equivocada na redação, porque parece ainda parece se referir, de certa maneira, ao paradigma do tratamento relacionado à internação. Impressão esta que se reforça pela leitura do seguinte art.1777, que determina que “os interditos referidos nos incisos I, III e IV do art.1767 serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico”.

Claramente o art.1777 não está adaptado ao atual pensamento de tratamento ambulatorial, colocando a segregação e retirada do interdito do convívio social como opção facilmente utilizável. É tempo de se rever a permanência desta norma no ordenamento, posto que, como já colocado, a interação com a família e a sociedade se colocam como fator essencial para a vida digna do portador de transtorno mental.

Equívoca-se o CC-2002 ao determinar em seu art.1780 a necessidade de curador para pessoa enferma ou portadora de deficiência física. A função do curador é de suprir ou complementar a vontade de quem assiste ou representa. O portador de deficiência física tem sua vontade perfeita, não havendo razão para que se use da curatela onde se pode utiliza de um mandato⁵⁰⁶. O mesmo vale para o enfermo, desde que, obviamente, não seja a enfermidade de natureza tal que prejudique o seu discernimento ou o impossibilite e exprimir sua vontade⁵⁰⁷.

Uma última crítica que se faz à regulamentação da curatela pelo CC-2002 não diz respeito a seus dispositivos sobre a incapacidade e a autonomia, mas sim quanto à sua própria

⁵⁰⁵ AGUIAR, Mônica. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina. In: *Direito Civil: Coleção Conpedi*, vol.6. Curitiba: Clássica, 2014, p.228-229.

⁵⁰⁶ Em sentido contrário, entendendo que há utilidade para a nomeação do curador nestes casos, pois teria esta responsabilidade mais rigorosa do que a de um mandatário: FUNES, Andrei Mohr; FUNES, Gilmara Pesquero F. Mohr. Generalidades da curatela na perspectiva da pessoa portadora de deficiência – art.1780 do Código Civil de 2002. In: LTR – Legislação do Trabalho, ano 73, n.12. São Paulo: LTR, 2009, p.1471

localização na estrutura do código. Acredita-se que não deveria a curatela ser regulamentada no Livro do Direito de Família, mas sim na Parte Geral, no Livro das Pessoas, mais precisamente logo após o seu Capítulo I, ou neste inserido, que trata “Da Personalidade e da Capacidade”.

6.2 O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil⁵⁰⁸ traz diversas modificações no processo de interdição em relação ao seu antecessor. Como se sabe, a interdição é o processo pelo qual se estabelece a curatela do incapaz.

Guarda suma importância a sua correta condução, pois a partir da sua sentença é que se determinará o limite da autonomia do a partir de então interdito. É através deste procedimento que se determinará formalmente qual grau de autonomia se manterá e qual será retirado do incapaz, no caso, obviamente, de decidir a sentença pela interdição. Na análise que se realizará aqui a respeito da interdição, serão muitas vezes trazidos elementos já acima tratados ao se dissertar sobre a curatela, já que são pontos imbricados.

No Código de Processo Civil de 1973 (CPC-1973), a interdição estava disciplinada no Livro dos Procedimentos Especiais, sob o Título dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária, entre os arts.1177 ao 1186. No NCPC, por sua vez, se regulamenta no Título dos Procedimentos Especiais, sob o Capítulo dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, entre os arts.762 e 774. Este tópico se propõe, justamente, a analisar as novas regras do procedimento de interdição, verificando se representaram avanço em comparação à lei processual anterior no que toca à promoção da autonomia e da dignidade do incapaz.

6.2.1 Propositura da ação

O NCPC, nos termos do art.762, determina que a legitimidade ativa para propositura da ação de interdição cabe, mediante a devida comprovação da qualificação do requerente, ao cônjuge ou companheiro, parentes consanguíneos ou afins, representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, ou ainda pelo Ministério Público.

⁵⁰⁸ O texto final, já aprovado, encontra-se, no presente momento, aguardando a sanção presidencial.

Trouxe, portanto, alargamento do rol dos possíveis requerentes em relação ao CPC-1973, que não inclui a possibilidade de ser a interdição requerida pela entidade que abriga o interditando. Deu-se também maior refinamento técnico, ao substituir o rol impreciso de “pai, mãe e parente próximo” por “parentes consanguíneos e afins”.

Errou, entretanto, ao excluir do rol o tutor, que poderá no caso concreto ser aquele que se encontra com maior proximidade e responsabilidade em relação ao interditando, mas nem sempre será parente. O tutor se encontrava no rol dos legitimados tanto no CC-2002, como no CPC-1973 e deveria ter sido mantido como tal no projeto do NCPC.

Acredita-se necessário também que haja regulamentação posterior para indicar quais requisitos devem cumprir as “instituições de abrigo ao interditando” para que se tornem sujeitos legitimados para o ingresso da ação. É necessário controle das atividades desenvolvidas pela instituição, para que não surjam, por mãos mal intencionadas, lucrativos negócios que busquem seus ganhos às custas da degradação da autonomia alheia⁵⁰⁹.

Embora possa causar surpresa num primeiro momento a afirmação que a seguir se faz, mas sustenta-se que também se deveria incluir no rol dos possíveis requerentes o próprio interditando. Afinal, ninguém mais legitimado para pensar em impor restrições à sua autonomia do que o próprio sujeito. O fundamento seria o mesmo que autoriza a internação voluntária, que é a que se dá com o consentimento do usuário, nos termos do art.6º, I, da Lei 10216/2001, “que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”.

É verdade que internação é medida médico-clínica e pontual, ao passo que a interdição se trata de medida jurídica, mas, a despeito de tal diferença, a possibilidade de pedido de interdição pelo próprio interditando se afigura como uma possibilidade que também deveria ter sido aventada, visando igualmente atender ao seu melhor interesse⁵¹⁰.

No que toca à legitimidade do Ministério Público, destaque-se que em ambos os diplomas processuais ela é subsidiária. No CPC-1973 (art.1178) surge apenas no caso de anomalia

⁵⁰⁹ O que se quer evitar é a prática narrada por Diane Armstrong, como não incomum em Los Angeles -EUA, de firmas especializadas em cuidados de idosos e que também atuam como “curadores profissionais”, realizando interdições com claro intento de se apoderar do controle patrimonial do interdito. ARMSTRONG, Diane G. *The retirement nightmare: how to save yourself from your heirs and protectors*. New York: Prometheus Books, 2000, p.23-25.

⁵¹⁰ A internação sem a interdição não retira a capacidade do sujeito, tampouco estabelece curatela. Como já se frisou, não se trata de resposta jurídica, mas sim médica. Destaque-se ainda a crescente cultura existente que aponta a internação como não sendo a melhor solução terapêutica na grande maioria das situações. A respeito do tema, ver: SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.109-127.

psíquica ou de falta ou incapacidade dos demais legitimados. No NCPC se dá apenas se houver doença mental grave e houver falta ou incapacidade dos demais legitimados.

Note-se que a mudança ocorrida nos requisitos para que tenha o Ministério Público sua responsabilidade subsidiária destaca como o cerne das discussões sobre a incapacidade é, de fato, o portador do transtorno mental. A ponto tal que o Ministério Público só poderá promover a interdição desse sujeito, não podendo agir em nenhum dos outros casos elencados nos arts.3º, 4º e 1767, do CC-2002. Deixou de ser o transtorno mental uma das possibilidades de legitimação do Ministério Público para se tornar o único caso em que pode vir a ter tal legitimidade.

Nos termos do NCPC cabe ao requerente não apenas especificar os fatos que demonstrem a incapacidade do interditando de administrar seus bens e praticar atos da vida civil, como também o momento em que a incapacidade se revelou (art.764). De acordo com Fredie Didier a indicação do momento em que se revelou a incapacidade é requisito específico da petição inicial da ação de interdição⁵¹¹. Quando não possível especificar o momento, tal deverá ser declarado na petição inicial.

Destaque-se já aqui a adequada busca de separação entre administração de bens e prática de atos da vida civil, como primeiro passo para a distinção das diversas habilidades e autonomias que devem ser levadas em consideração para que o prejuízo à autonomia do interditando seja o menor possível, como mais adiante se abordará.

Nos termos do NCPC, deve a petição inicial estar já acompanhada de laudo médico ou de explicação quanto à impossibilidade de anexá-lo (art.765). A exigência de laudo médico como regra já na inicial é avanço na proteção do interditando em relação ao CPC-1973 que não o exigia. Não que o laudo seja fator último de decisão quanto à possibilidade de interdição, mas a sua exigência, ao menos, já traz alguma proteção ao incapaz, vez que coíbe pedidos de interdição desprovidos de fundamento.

Entretanto, traz também o novo texto alguns problemas. Primeiro, porque possibilita que em caso de urgência o juiz nomeie curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos (art.764, § único). Em que pese se entender a intenção de possibilitar medidas que devem ser tomadas de imediato em prol do interesse do interditando, a hipótese deve ser utilizada com extrema cautela.

⁵¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Da interdição*. Texto inédito gentilmente cedido pelo autor.

Urgência, como se sabe, é conceito indeterminado⁵¹² que só será preenchido diante do caso concreto. Em esforço doutrinário, entretanto, sugere-se que tal curatela provisória só seja concedida quando se tratarem de questões tais quais poder de disposição sobre certo bem para custear tratamento de saúde, moradia, ou demais interesses fundamentais do interditando; necessidades pontuais de internação e tratamento de saúde quando a conduta do interditando gerar risco à sua própria vida ou saúde ou de terceiros; e situações em que o interditando se encontre impossibilitado de externar sua vontade, seus desejos⁵¹³.

Ademais, o magistrado deve ser específico na enumeração dos atos que poderão ser praticados durante a curatela provisória, restringindo-os ao estrito número necessário para cumprir os desígnios que justificaram esta medida excepcional. Por fim, outra medida que pode eventualmente ser adotada é a exigência de caução quando o ato a ser praticado pelo curador provisório envolver disposição de bens do interditando.

6.2.2 Do interrogatório à entrevista

Uma vez instaurado o processo de interdição determina o NCPC que deve o juiz realizar entrevista com o interditando. O procedimento, de certa maneira, constava também no CPC-1973, mas com algumas diferenças cruciais.

A primeira é a própria substituição da terminologia “interrogatório”, presente no CPC-1973, por “entrevista”. Em que pese ambas envolverem o contato do juiz com o interditando, o novo termo traduz caráter mais adequado do procedimento. O que deve ocorrer aqui não é um interrogatório regular, como quando busca o juiz verificar se determinada testemunha diz a verdade ou não sobre um pagamento que se discute se foi realizado. Não há um aspecto inquisitorial. Ao revés, deve ele entrevistar o interditando sobre os aspectos mais diversos da sua vida, buscando a partir do resultado da entrevista, que será reduzida a termo, entender a dimensão de eventuais necessidades que possa ele ter.

Destaque-se ainda que deve o juiz em tal entrevista ter por pressuposto que nos sujeitos maiores a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção. Não é o interditando que deve

⁵¹² REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.42. Conceitos indeterminados são “palavras ou expressões em larga medida vagas que, a despeito do grande grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação da norma diante do caso concreto”.

⁵¹³ No já citado texto, Fredie Didier aponta o caso do sujeito em coma como exemplo de possibilidade de aplicação desse dispositivo.

fazer prova de que possui a autonomia para gerir sua vida e seus negócios, já que ele possuir autonomia é o padrão.

Quanto ao conteúdo desse interrogatório o CPC-1973 determina que o juiz deve interrogar o interditando, nos termos do art.1181, “minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário”. O NCPC acrescenta aos pontos acima a necessidade de interrogar o interditando sobre suas “vontades, preferências, laços familiares e afetivos”, conforme art.766, no que demonstrou de modo louvável maior preocupação com os aspectos existenciais do interditando.

É essencial ter em mente, ao se apreciar questões relativas à interdição e curatela que, tão ou mais importante do que garantir ao sujeito a proteção patrimonial, é fazê-lo no que toca às questões existenciais⁵¹⁴. Não se pode realizar restrição da autonomia existencial do sujeito em prol da proteção de interesses patrimoniais, muitas vezes de terceiros.

Nota-se também maior rigor técnico na medida em que o CPC-1973 diz que tal interrogatório tem por objetivo permitir ao juiz acerca do interditando “ajuizar do seu estado mental”. Este, entretanto, não é o objetivo do processo de interdição, até porque, via de regra, não é o juiz profissional habilitado para ajuizar do estado mental de ninguém. O NCPC conserta tal falha técnica, afirmando que o interrogatório serve para conhecimento do juiz em relação ao interditando quanto à “sua capacidade para prática de atos da vida civil”.

Houve também avanço em prol da proteção da autonomia do interditando ao se assegurar no art.766, §3º, “o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas”. Eventual dificuldade de comunicação entre o juiz e o interditando não pode ser causa para afirmar a incapacidade do interditando. Como já se disse, o objetivo é analisar a capacidade do interditando para a prática de atos da vida civil, de modo que se apenas possui ele alguma dificuldade de comunicação, mas esta pode ser suprida por meio de algum recurso a fim de permitir que expresse sua vontade, não existe razão para que seja ele interditado⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Há ainda hoje na doutrina forte tendência arraigada aos aspectos patrimonialistas. A título de exemplo, em que pese serem autores que costumam apresentar grande consideração pelos aspectos existenciais, veja-se a definição de curatela apresentada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,: “encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que *não pode se autodeterminar patrimonialmente* por conta de uma incapacidade” (grifos nossos). FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.926.

⁵¹⁵ Sobre o tema da dificuldade de distinção da sociedade entre o estado mental do sujeito e a sua dificuldade de comunicação: MAGALHÃES, Erika Barreto. *O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral* (tese de doutorado). Fortaleza, 2010.

Por outro lado, perdeu o NCPC a possibilidade de realizar importante inovação ao manter a regra da dinâmica espacial do interrogatório com o interditando indo até o juiz, quando o mais adequado seria o contrário. Coloca-se a possibilidade do juiz ir até o interditando somente quando este não puder se deslocar (art.766, §1º), mas esta não era a melhor opção.

O ambiente do judiciário é, por sua natureza, formal e intimidador. Pessoas que não são portadoras de nenhuma espécie de transtorno mental muitas vezes se sentem intimidadas diante do juiz, na sala de audiência. Ir até o judiciário é uma quebra da normalidade na vida da maior parte das pessoas, que faz com que no mais das vezes não se expressem com naturalidade⁵¹⁶. O que dizer então do impacto desse efeito em pessoas que eventualmente já tenham de fato algum transtorno mental?

Defende-se que se conduzindo a entrevista em ambiente ao qual esteja mais habituado o interditando, como sua residência ou instituição em que eventualmente se encontre internado, terá o magistrado condições de constatar de maneira mais real a dimensão de entendimento daquele quanto aos atos da vida civil, tanto na esfera existencial como patrimonial.

Ademais, o ideal é que não seja essa entrevista realizada num único momento, repetindo-se ao menos mais uma vez, para que possa o magistrado formar seu convencimento com base em análise mais realista, pautada em momentos diversos da vida do interditando.

Entende-se que a escolha do projeto pode ter levado em conta o fato já anteriormente citado de que, até que ocorra a interdição, a presunção é de que o sujeito é capaz, não merecendo portanto tratamento diferenciado. Tem-se também ciência que os pontos em relação à entrevista acima apontados encontram dificuldades culturais e de recursos no judiciário. Mas o que não se pode é, em virtude de eventuais dificuldades de realização do procedimento adequado, ser realizado um inadequado e prejudicial ao interditando. Tais reflexões, portanto, devem ser levadas em conta quando da realização da entrevista.

Inovou também o NCPC nesta fase ao regulamentar a possibilidade de ser a entrevista acompanhada por especialista (art.766, §2º), no que se alinhou com o disposto no art.1771, do CC-2002, que, aliás, cuidou de revogar; bem como de poder o juiz requisitar a oitiva de parentes e pessoas próximas para formar o seu convencimento. Não que tais procedimentos fossem de alguma maneira vedados na sistemática do CPC-1973, mas, como é comum, a positivação tende a fomentar o uso de tais medidas.

⁵¹⁶ ARMSTRONG, op. cit., p.196.

Com tal determinação se traz a possibilidade de participação multidisciplinar na análise da capacidade do sujeito para além do momento do laudo pericial o que é, de todo, de melhor interesse para o interditando.

6.2.3 Resposta do interditando

Após a audiência em que se deu a entrevista, determina o NCPC que se abra prazo de quinze dias para que possa o interditando impugnar o pedido (art.767). Também aqui houve melhoria na proteção dos interesses do interditando com a ampliação do exíguo prazo de cinco dias que previsto no CPC-1973 (art.1782). Além disso, o simples fato de o prazo se iniciar a contar apenas a partir da entrevista, já faz com que goze o interditando de maior tempo para elaborar a sua impugnação.

Embora o prazo talvez ainda não seja o ideal, considerando todo o tempo que teve o interessado na interdição em se municiar das provas que julgou necessárias⁵¹⁷, ao menos se encontra dentro da normalidade dos prazos processuais de resposta. Ademais, em julgando que as circunstâncias o pedem, pode o magistrado dilatar o prazo para a apresentação da impugnação, nos termos do art.139, VI, do NCPC.

Se não for apresentada a impugnação haverá revelia, mas não produzirá seus efeitos típicos de “presunção da veracidade das afirmações de fato, muito menos o prosseguimento do processo sem a intimação do revel”⁵¹⁸. É importante que assim o seja, levando em conta a necessidade de proteção da autonomia do interditando que não deve ser retirada levemente.

Em sua defesa poderá o interditando nomear advogado (art.767, §2º). Se não o fizer, será nomeado curador especial (art.767, §2º), até pelas razões acima expostas, bem como se abrirá a possibilidade de seu cônjuge, companheiro ou parente suscetível intervir como assistente (art.767, §3º). Por óbvio que o sujeito que venha a intervir como assistente não pode ser o mesmo que propôs a interdição.

Saliente-se que o Ministério Público atuará como fiscal da lei (art.767, §1º), a exemplo do que acontece no CPC-1973 (art.1182, §1º), mas não se determinou no projeto do NCPC a

⁵¹⁷ ARMSTRONG, op. cit., p.190-191.

⁵¹⁸ DIDIER JR., Fredie, op. cit.

necessidade de distinto curador à lide caso seja o próprio Ministério Público o requerente da interdição, no que também houve falha.

6.2.4 Laudo pericial

Após o prazo da impugnação, se passa para a etapa seguinte, em que deverá o juiz determinar a produção de prova pericial para avaliar a capacidade do interditando para os atos da vida civil (art.768). Houve aqui também mais cuidado em comparação à regulamentação feita pelo CPC-1973 (art.1183). Primeiramente, porque se determina a possibilidade de o laudo ser realizado por equipe multidisciplinar (art.768, §1º). Isso traz o reconhecimento de como podem ser necessários múltiplos saberes para analisar o estado do interditando, até porque as causas de incapacidade que levam à interdição podem ser as mais diversas⁵¹⁹.

Em segundo lugar se traz a possibilidade de o laudo indicar de modo específico para quais atos o interditando necessitará da curatela (art.768, §2º). Nisto, conforme dito acima se alinha com o CC-2002, arts.1772, que também revogou, e 1782, que determinam que a limitação da capacidade se dê somente na medida do necessário, em outras palavras, que haja *tailored measures*, ou medidas protetivas personalizadas, que retirem do interditando tão somente a autonomia para o que se fizer necessário no caso concreto, respeitando assim a sua dignidade⁵²⁰. Espera-se que com esse reforço do projeto do NCPC haja formação de nova cultura pois, até o momento, os citados dispositivos do CC-2002 têm sido parcamente utilizados.

Quanto à formulação desse laudo algumas considerações também devem ser feitas aqui. Há um problema de comunicação no que toca ao próprio procedimento de interdição. Primeiro porque as lacônicas expressões “atos da vida civil” e “a certos atos, ou à maneira de os exercer”, presentes tanto no CC-2002, como nos diplomas processuais, carecem de densidade de significado. Não houve até o momento na doutrina maior preocupação quanto a que atos seriam estes, como já abordado no terceiro capítulo. Também não cuidou de especificar se as

⁵¹⁹ Para críticas quanto à possibilidade de ser o laudo emitido por um psicólogo e não um psiquiatra, ver: FONTANA- ROSA, Júlio César. O Diagnóstico psiquiátrico versus o diagnóstico psicológico na orientação de decisões judiciais: considerações. *Vox forensis*, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 4, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33047>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

⁵²⁰ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.82.

expressões se remetem ao mesmo conjunto de atos ou tratam ou abordam diferentes⁵²¹. Terminam assim estes conceitos indeterminados caindo em indesejada casuística, na presente situação mais por responsabilidade da doutrina do que dos magistrados.

O segundo problema relacionado à comunicação diz respeito ao abismo existente entre a linguagem técnica do jurista e de outros profissionais especializados, sobretudo do médico psiquiatra que é sujeito comum nos procedimentos de interdição. Pedidos de laudo em que se questiona se o paciente está apto a praticar “os atos da vida civil” ou a “exercer atos de mera administração” soam ainda mais genéricos e desprovidos de sentido específico para o psiquiatra.

Por outro lado, respostas que sejam dadas com o uso de termos técnicos da psiquiatria trazem igualmente a mesma dificuldade para o entendimento do jurista. Se, por exemplo, utiliza o psiquiatra termos como “síndrome”, “personalidade pré-morbida” e “fatores etiológicos”, sem explicar cada um deles e esclarecer que se tratam de diferentes dimensões a serem consideradas para que se ofereça o diagnóstico⁵²², muito provavelmente estará prejudicada a função do laudo de fornecer ao magistrado informações que sirvam como elementos para o seu convencimento.

Se por um lado se faz imprescindível maior aprofundamento no que pode abarcar expressões como “atos da vida civil”, por outro parece necessário também o abandono nos quesitos utilizados nos laudos para análise de interdição de termos como esses. É necessário que se use na quesitação termos que permitam aos profissionais de outras áreas entender de modo mais preciso que tipo de informação o magistrado requer dele.

Outro ponto relevante diz respeito ao fato de que as perguntas, sempre que possível, não devem ser feitas de modo a que se responda simplesmente sim ou não, em modelos de tudo ou nada, mas sim abrindo ao interlocutor a possibilidade de explorar gradações e tecer considerações mais esclarecedoras sobre o sujeito que está sendo alvo do processo de interdição.

Assim, por exemplo, sem esquecer de todas as críticas já acima expostas, seria melhor uma pergunta em que se indagasse “qual o *grau* de entendimento do interditando quanto aos atos

⁵²¹ Para acesso a um dos esforços realizados na tentativa de especificar o que seriam atos da vida civil: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p.157

⁵²² FONTANA- ROSA, Júlio César. O Diagnóstico psiquiátrico versus o diagnóstico psicológico na orientação de decisões judiciais: considerações. *Vox forensis*, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 4, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33047>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

da vida civil”, do que uma em que se perguntasse simplesmente se “está o interditando apto a praticar atos da vida civil”.⁵²³

Prevê o NCPC também a possibilidade de o juiz prolatar a sentença dispensando a perícia quando houver prova inequívoca de evidente incapacidade (art.767, §3º). Acredita-se que aqui andou mal o legislador, pois o juiz não possui a qualificação técnica necessária para chegar a tal conclusão. Em que pese se entender a necessidade das famílias de, por vezes, precisar de rápida solução para proteger os interesses do incapaz, não se pode ignorar os procedimentos de segurança para que a sob a égide de proteção não se realizem opressões mascaradas. Nos casos de urgência melhor seria a determinação da curatela provisória, nos termos já aventados no art.764, § único e não a dispensa do laudo pericial.

6.2.5 Sentença e estabelecimento da curatela

Após estes procedimentos e análise de demais provas e oitiva de interessados, proferirá o juiz a sentença (art.769). Nesta, deverá, se decretar a interdição, nomear curador e fixar os limites da curatela⁵²⁴ levando em conta o estado e desenvolvimento mental do interdito (art.770, I). Para tanto deverá levar em consideração “as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências” (art.770, II).

Houve, uma vez mais, cuidado em frisar os diversos fatores verificáveis somente no caso concreto e que deverão ser observados pelo juiz para a fixação da sentença. Acredita-se mesmo que seria conteúdo essencial da sua fundamentação.

⁵²³ O ideal, em verdade, é que, além de realizadas direcionando para respostas em que sejam indicadas gradações, devem as perguntas sejam múltiplas e o mais detalhadas possível, a fim de que se possa garantir ao máximo a autonomia e a dignidade do interdito. Nessa linha, por exemplo:

Qual o grau de discernimento do interditando sobre o valor monetário das coisas?

Qual o grau de discernimento do interditando sobre atos negociais em geral? (v.g. entende que ao vender um bem ele deixaria de ser seu?)

Qual o grau de discernimento do interditando sobre seu estado de saúde?

Qual o grau de discernimento do interditando para decidir sobre seu tratamento?

Qual o grau de discernimento do interditando para entender o significado do casamento?

⁵²⁴ No que terá efeito constitutivo, nos termos colocados por Barbosa Moreira. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. Julho-setembro de 1986, p.15.

Os limites da curatela têm importância não apenas para o curatelado, mas também para o curador. Isto porque se, por um lado, enumera as restrições que suportará o primeiro, por outro determina os encargos a serem suportados pelo segundo⁵²⁵.

Ao trazer palavras como “potencialidades”, “habilidades”, “vontades” e “preferências”, bem como referenciar as “características específicas do interditando”, traz o NCPC importante reforço simbólico para que não se perca de vista a relevância dos aspectos existenciais. Uma vez mais, não que houvesse algum impedimento para que um juiz, ainda na vigência do CPC-1973 se guiasse pelos critérios acima apresentados; mas a positivação, sem dúvidas, exerce papel ideológico na construção do ordenamento, sendo proveitoso que se reconheça a importância de proteger os aspectos existenciais do interditando.

Esta nova redação do procedimento da interdição deixa ainda mais nítida a necessidade de que se dê ela na exata medida da necessidade do interditando. Isto, por si, já demonstra como apenas em casos extremamente necessários deveria ser o sujeito declarado absolutamente incapaz. O interesse na promoção da autonomia e, por conseguinte, da dignidade, aponta que se siga o caminho inverso, tendente a declarar a incapacidade relativa e enumerar que atos estaria o sujeito impedido de realizar. Na prática, entretanto, o quadro é o oposto, já tendo havido pesquisa que, a partir da análise de 1183 casos de interdição de portadores de transtorno mental, identificou que em 99% deles o que se deu foi a interdição total⁵²⁶. Tal quadro, sem sombra de dúvidas, não é favorável ao melhor interesse do incapaz, contrariando o caminho que já diversas vezes se destacou como o correto a ser seguido.

Até como modo de tentar reverter estes quadro, corretamente, determina o projeto do novo diploma processual que a escolha do curador deverá se dar em busca de defesa dos interesses do interdito, e não do requerente, devendo ser nomeado o sujeito que estiver em melhores condições de realizá-los (art.770, §1º). Tal determinação, aliás, ganha força por conta do conteúdo expresso no art.773, que determina que “o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista de autonomia pelo interdito”. O papel do curador, portanto, é não apenas o de suprir as necessidades do interdito, mas também o de promover a sua autonomia para que venha no futuro a não mais precisar da curatela, total ou parcialmente.

A sentença também fixará os termos da interdição (art.770,III). O termo inicial “será a data a partir da qual se presume a incapacidade do interdito para administrar seus bens ou praticar

⁵²⁵ ABREU, op. cit., p.140.

⁵²⁶ ABREU, op. cit., p.143.

atos da vida civil” (art.770, §3º), sendo que se tal não for possível será considerado termo inicial a data da propositura da ação de interdição (art.770, §4º).

A interdição, entretanto, não invalida automaticamente os atos jurídicos anteriormente praticados pelo interdito, servindo somente como prova para a competente ação de anulação (art.770, §5º)⁵²⁷.

A sentença que declara a interdição, embora sujeita a recurso, produz efeito desde logo, nos termos do art.1025, §1º, VI, do NCPC, assim como também era no revogado art.1173, do CC-2002. Qualquer recurso contra a sentença que declara a interdição terá, portanto, somente efeito suspensivo.

Por fim, determina o do art.1173, do CC-2002 e (art.770, §6º) que haverá então a inscrição da sentença

no Registro de Pessoas e a imediata publicação na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais de citação e intimação do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses, na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa e o termo da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

O dispositivo não guarda qualquer incompatibilidade com a determinação de registro prevista no art.9º, III, do CC-2002, mas tão somente o especifica e adequa às novas tecnologias, razão porque não resta dúvida quanto à manutenção do citado artigo no ordenamento.

6.2.6 Levantamento da curatela e reavaliação

O levantamento da curatela, a exemplo do que acontece no CPC-1973 (art.1186), se dará caso cesse a causa que a determinou (art.771). O pedido do levantamento pode ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público, sendo apensado aos autos da interdição (art.771, §1º).

⁵²⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). Apelação n.º 08489-64.2010.8.05.001. Apelante Modezil Ferreira de Cerqueira, representado por Modezil Rodrigues Ferreira de Cerqueira. Apelada: Vera Camargo Cerqueira. Relatora: Des. Lisbete M. T. Almeida Cezar Santos. Salvador, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 8 jan. 2015. Corretamente, neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA): “A sentença que declara a interdição, em que pese reconheça uma situação de fato preexistente, só está apta a produzir efeitos a partir de sua prolação (art. 1.184 do Código Civil), sob pena de conferir extrema insegurança jurídica aos terceiros de boa-fé, o que não é, por óbvio, o objetivo da lei. Os atos praticados anteriormente à sentença de interdição, podem ser anulados, desde que comprovado que foram praticados em estado de incapacidade, necessitando ação própria para tanto”.

Assim como quando da ação em que se propôs a interdição, deverá o juiz também aqui nomear equipe multidisciplinar para realizar o exame do interdito e apresentar laudo a seu respeito (art.771, §2º).

Em sendo acolhido o pedido se deverá proceder à sua publicação e registro, a exemplo do que aconteceu quando se decretou a interdição (art.770, §6º), “ou, não havendo, pela imprensa local e pelo órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais” (art.771, §3º).

Importante destacar a inovação do NCPC, que traz no seu art.771, §4º, a possibilidade de levantamento parcial da curatela. Torna-se possível, portanto, não apenas reavaliação para verificar que cessaram as causas que levaram à interdição, como também para demonstrar que se modificou a situação do interdito, encontrando-se ele mais apto para a prática dos atos da vida civil do que no momento da sentença primeva.

Ou seja, o levantamento da interdição não precisa ser feito em termos de tudo ou nada, sendo possível que venha ele a restaurar formalmente ao interdito parte da autonomia que tenha faticamente reconquistado.

Nessa mesma linha, também de maneira acertada, determina o NCPC que deverá ocorrer reavaliação da situação do interditando e da curatela a cada cinco anos (art.774). Isto não significa que não possa haver avaliação anterior provocada por qualquer dos sujeitos do já explanado rol, mas tão somente que, independentemente de qualquer provocação, tal revisão deverá se realizar a cada cinco anos. Como se trata de proteção a direito fundamental do interdito, entende-se aqui que essa revisão vale inclusive para todos os processos de interdição realizados ainda antes da vigência do NCPC.

Importante aqui a fiscalização pelo Ministério Público, para que tais revisões não sejam esquecidas e jamais realizadas. Entretanto, dado o volume de trabalho em todas as esferas do judiciário, acredita-se que, infelizmente, se não houver provocação de algum interessado, dificilmente o juiz ou o membro do Ministério Público atentarão para a realização de tais revisões. Esta, entretanto, é uma previsão que só com o tempo poderá se verificar e, ainda que as revisões não se realizem, é louvável a existência da norma pela sua força simbólica.

6.2.7 Algumas considerações finais

O novo Código de Processo Civil, sem dúvidas, avançou no que toca à regulamentação da interdição. Afirma-se isso, principalmente, por ter ele dado maior atenção aos dispositivos existenciais tão importantes para a preservação da autonomia e dignidade do incapaz.

Claro que, como se colocou ao longo do texto, possui também algumas falhas que, espera-se, venham a ser consertadas com brevidade. Porém, mais importante do que isso, é que haja mudança de cultura no que toca ao respeito ao sujeito por alguma razão incapaz. Somente assim é que se poderá ter procedimentos de interdição e curatela que verdadeiramente atendam aos interesses daqueles a quem declaram proteger.

6.3 TRANSTORNO MENTAL, DOENÇA MENTAL, INCAPACIDADE E INTERDIÇÃO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA À LUZ DO CASO DE DANIEL PAUL SCHREBER

Em que pese já tenham os conceitos de transtorno mental, doença mental, incapacidade e interdição sido trabalhados em capítulos anteriores, acredita-se necessária a realização de didática distinção entre os mesmos. Isto porque cada um deles se remete a diferentes situações que, embora relacionadas, não têm entre si vínculo necessário.

Utiliza-se o termo transtorno mental para se referir à existência de uma doença ou síndrome que de alguma maneira faça com que o sujeito possua padrão psíquico que se afaste daquele considerado normal. É uma categoria que encontra suas bases na medicina, mais especificamente na psiquiatria e psicopatologia⁵²⁸. A caracterização do que pode ser considerado transtorno mental, portanto, é externa ao direito, embora seja por ele utilizada para delimitar algumas das situações de incapacidade.

A doença, caso se vá buscar suas origem na raiz grega da medicina, é vista não numa concepção ontológica, mas sim dinâmica, já que se caracterizaria pela perturbação da harmonia, do equilíbrio, da natureza (*physis*) no ser humano. A doença, portanto, não estaria ou seria buscada em parte do sujeito, mas em todo ele. E, por conta disso, termina sendo

⁵²⁸ BEZERRA, op. cit. A psicopatologia, que conta com cerca de 200 anos de existência, é que se ocupa de definir o que é doença mental. Não seria uma atividade científica, mas sim um estudo de demarcação da normalidade.

também “o esforço que a natureza exerce no homem para obter um novo equilíbrio”, com a intenção de alcançar a cura⁵²⁹.

Vindo para tempos mais modernos e buscando especificar a matéria aqui tratada, a saúde mental, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, em tradução livre realizada, “é definida como um estado de bem-estar em que cada indivíduo percebe seu próprio potencial, consegue lidar com o estresse normal da vida, consegue trabalhar de modo produtivo e frutífero, e está apto a realizar uma contribuição à sua comunidade”⁵³⁰. Desta feita, em contrapartida, a ideia da doença mental passaria não apenas pela existência de um problema de ordem biopsíquica, mas também pelos impactos deste na vida do sujeito.

Assim é que, por conseguinte, dispõe CID-10 que

O termo "transtorno" é usado por toda a classificação, de forma a evitar problemas ainda maiores inerentes ao uso de termos tais como "doença" ou "enfermidade". "Transtorno" não é um termo exato, porém é usado aqui para indicar a existência de um conjunto de sintomas ou comportamentos clinicamente reconhecível associado, na maioria dos casos, a sofrimento e interferência com funções pessoais. Desvio ou conflito social sozinho, sem disfunção pessoal, não deve ser incluído em transtorno mental, como aqui definido⁵³¹.

O documento amplamente utilizado para classificar os transtornos mentais é o *Diagnostic and Statistic Manual of Mental Disorders* (DSM), que se encontra atualmente na sua quinta edição (DSM 5), publicada oficialmente em 18 de maio de 2013⁵³².

Entretanto, de acordo com Benilton Bezerra, o fato de um sujeito ter um diagnóstico de acordo com o DSM, ou seja, um transtorno, não significa necessariamente que ele tenha uma doença mental, caso se entenda esta como “algum tipo de entidade anátamo-clínica” e aquele como “acordo convencionado de que certas condutas ou experiências são estranhas e merecem ser atendidas”⁵³³.

⁵²⁹ GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.12.

⁵³⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Mental health: a state of well-being*. Disponível em: <http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/en/>. Acesso em 5 jan. 2015. No original: ‘*Mental health is defined as a state of well-being in which every individual realizes his or her own potential, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to her or his community*’.

⁵³¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (coord); tradução: CAETANO, Dorgival. *Classificação de transtornos mentais e de comportmaneto da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas*. Porto Alegre: Artmed, 1993, p.5

⁵³² ARAÚJO, Álvaro Cabral; LOTUFO NETO, Francisco. A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5. In: Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva, vol.XVI, n.1. USP:2014, Disponível em <www.usp.br/rbtcc>. Acesso em 28 dez. 2014, p.69-70. A primeira edição do DSM foi publicada pela Associação Psiquiátrica Americana (APA) em 1953. Suas edições posteriores se deram em 1968 (DSM-II), 1980 (DSM-III), 1983 (DSM-III-R), 1994 (DSM-IV) e 2000 (DSM-IV-TR).

⁵³³ BEZERRA, op. cit.

Tampouco o transtorno mental implica na incapacidade ou na necessidade de interdição⁵³⁴. Há diversos transtornos especificados no DSM 5 que não preenchem o requisito de fazer com que o sujeito fique privado da sua capacidade de discernimento. É que a causa da incapacidade por transtorno mental, como se viu, se baseia na perda de capacidade de discernimento, do entendimento da realidade, por conta desta.

Note-se, portanto, que as ideias de doença e transtorno mental, são categorias construídas e trabalhadas pela medicina, porém considerando também fatores de ordem social.

A incapacidade, por sua vez, é categoria jurídica, que pode se dar por múltiplas causas, algumas delas relacionadas ao transtorno mental. Dá-se a incapacidade, entretanto, independentemente de qualquer ato judicial, posto que a subsunção da norma acontece tão logo preenchidos os requisitos fáticos descritos nos arts. 3º e 4º do Código Civil.

Necessário, entretanto, que constatada a situação de incapacidade seja este interditado, o que se dá a partir do procedimento da curatela. É possível, portanto, que exista um portador de transtorno mental, maior, incapaz e que não seja um interdito. Isto porque, para que o seja, é necessária a iniciativa de algum dos sujeitos acima já especificados de ingressar com a ação judicial para a constituição da situação de interdito e da curatela.

Caso que clarifica esta distinção na prática é o de Daniel Paul Schreber, portador de transtorno mental ou, como ele mesmo referia, de “doença dos nervos”. A história guarda especial interesse porque este alemão, nascido em 25 de julho de 1842, em Leipzig, foi não apenas um portador de transtorno mental, mas também bacharel em direito, que teceu interessantes considerações sobre sua condição. Todo o seu relato deu origem à obra “Memórias de um doente de nervos”, tomada como base para as considerações tecidas a seguir.

Apenas para que se possa contextualizar o ocorrido, acredita-se que breve história da sua vida se faz necessária. Casou-se em 1878, quando teria sofrido uma crise de hipocondria, mas que não chegou a levar à internação⁵³⁵.

Em 1884, aos 42 anos, é nomeado Vice-Presidente do Tribunal Regional de Chemnitz. No mesmo ano resolve concorrer às eleições parlamentares, mas sofre franca derrota, ocorrendo pouco depois sua primeira internação que se dá no Asilo público de Sonnenstein sendo depois

⁵³⁴ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil: fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos. Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.40.

⁵³⁵ SCHREBER, Daniel Paul. Memórias de um doente dos nervos. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.17.

transferido para a Clínica Psiquiátrica de Leipzig, com o Prof. Flechsig, onde passa mais seis meses⁵³⁶.

Tem alta em 1885, retornando às suas atividades como juiz-presidente do Tribunal Regional de Chemnitz, passando em 1889 ao de Freiberg. Em 1893 é informado pelo Ministro da Justiça que será nomeado como juiz-presidente da Corte de Apelação, na cidade de Dresden, para onde se transfere. Em 10 de novembro, pouco após a posse do cargo que se dera em 1º de outubro, viaja novamente para Leipzig, requerendo ajuda ao Prof. Flechsig, se queixando de angústia e insônia insuportável. Tenta-se inicialmente realizar seu tratamento sem internação, porém esta acaba ocorrendo em 21 de novembro, ficando mais uma vez por seis meses na clínica. Acaba sendo colocado sob curatela provisória, ficando internado até 1902 com o diagnóstico de *dementia paranoides*.

O ponto de especial interesse a ser discutido aqui se dá durante esta internação. É que, quando tem melhora do seu quadro, em 1899, Daniel Paul Schreber, através de advogado, ingressa judicialmente com o pedido de levantamento da sua curatela e a conseqüente recuperação da sua capacidade. Na primeira instância o pedido é negado. É aí que então, o próprio Daniel Paul Schreber resolve ingressar com recurso, redigido por ele, este sim, alvo da análise que aqui se realiza.

De início, contesta seu estado de doente mental, ao menos levando em conta o padrão do que por tal se entende. Nas palavras do próprio Schreber

contesto do modo mais categórico que eu seja doente mental, desde que isto se associe, como acontece habitualmente entre leigos, à *ideia de alguém que tem uma turvação da razão*. Este ponto foi expresso de um modo suficientemente claro na minha representação à direção do Real Sanatório, datada de 24 de março de 1900.

Nela declarei que não contesto a presença de uma doença mental *no sentido de uma doença nervosa*; mas ressaltei expressamente a diferença de significado que o termo "doente mental" assume em medicina e em direito.

Sendo assim, quero me explicar ainda mais claramente: não contesto o fato de que meu sistema nervoso, há vários anos, se encontra em um estado patológico. Mas contesto categoricamente ser ou ter sido doente mental. Minha mente, isto é, o funcionamento das minhas forças intelectuais é tão clara e saudável quanto o de qualquer outra pessoa, e - com exceção de algumas ideias hipocondríacas sem importância - tem sido assim desde o início da minha doença nervosa⁵³⁷.

Traça distinção entre a ideia de doença mental e aquilo que chama de doença nervosa. Acredita que possui a segunda, mas não a primeira, que seria a que "turva a razão do sujeito". Transportando-se este relato para os termos hoje utilizados, nota-se que vai ao encontro daquilo aqui defendido, no sentido de que afirma que nem todo transtorno, ou mesmo doença

⁵³⁶ SCHREBER, Daniel Paul. Memórias de um doente dos nervos. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.17-18.

⁵³⁷ SCHREBER, op. cit., p.249.

mental, implica necessariamente na perda de razão, de discernimento, de compreensão do mundo, que desaguariam na incapacidade do sujeito.

A despeito desta distinção que realiza entre doença mental e doença dos nervos, mesmo no seu recurso mantém afirmações que podem ser consideradas delirantes, como a de que tem contato direto com Deus e com milagres divinos⁵³⁸, que eram os operados em seu corpo. Estes fatos, entretanto, prossegue, não seriam o alvo de análise da questão do levantamento da sua curatela, que, em verdade, se resumiria a responder “se eu tenho capacidade de agir racionalmente na vida prática”⁵³⁹.

Assim é que Schreber, portador de transtorno mental, coloca em cheque sua curatela, pura e simplesmente ao chamar atenção para o fato de que transtorno mental, doença mental e incapacidade, não têm entre si relação de necessariedade.

Na busca de provar sua capacidade, continua elencando fatos que, a par da sua doença, demonstram sua capacidade de raciocínio. Assim, por exemplo, o fato de não ter o perito indicado qualquer problema de que ele participasse do convívio social, inclusive em eventos com grande número de pessoas. Do ponto de vista profissional, afirma que em nada diminuiu sua capacidade de expressar seu pensamento por escrito (embora reconheça que sofre eventualmente de dificuldades para se expressar oralmente, por força dos *milagres*), acreditando que poderia mesmo a retornar à sua profissão e proferir sentenças⁵⁴⁰.

Igualmente interessante a sua constatação, com a qual se concorda, de que caberia ao Ministério Público o ônus de provar sua incapacidade e não o contrário, já que a lei não reconheceria a doença mental pura e simplesmente como causa para a interdição, mas tão somente aquela que priva o sujeito do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil⁵⁴¹.

Um dos pontos que foi utilizado como fundamento para a manutenção da sua interdição na sentença da qual recorreu, foi o de que o levantamento da interdição acabaria com o seu casamento. A isto, afirma que a sua sociedade conjugal já se teria se dissolvido há muitos anos, por conta da sua prolongada internação e que portanto não seria mais passível de destruição. Se, prossegue, o que se temia fosse a destruição do amor e consideração da sua esposa para com ele diante do seu retorno, afirma, com propriedade, que esta se trata de esfera

⁵³⁸ SCHREBER, op. cit., p.252.

⁵³⁹ SCHREBER, op. cit., p.253.

⁵⁴⁰ SCHREBER, op. cit., p.259-260.

⁵⁴¹ SCHREBER, op. cit., p.260.

muito íntima e sobre a qual terceiros que não tiveram qualquer contato com sua vida conjugal dificilmente estariam aptos a julgar. Ademais, e então traz mais uma vez ponto de enorme clareza, afirma

que a interdição deve ter lugar apenas no interesse do próprio interditado, para protegê-lo de eventuais perigos resultantes da sua tendência a agir de modo irracional, e nunca para preservar terceiros, mesmo que sejam os familiares mais próximos, de qualquer prejuízo, ou para preservar neles um certo estado de ânimo, que pode ser importante para seu equilíbrio mental, mas não faz parte das relações sociais reguladas pelo direito⁵⁴².

Não é o interesse de familiares ou mesmo a ideia do fim de um casamento, à época fato social certamente mais grave do que hoje, que deve ser argumento a se considerar para a interdição. Como já narrado em capítulo anterior, diversos abusos foram perpetrados com base neta premissa, que transforma a interdição em instrumento a serviço de interesses terceiros e não do próprio interdito.

Trabalha também a questão da possibilidade de se manter morando no sanatório, ainda que capaz, caso o seu *estado de urros*, que se agravava especialmente à noite, se mantivesse com gravidade tal a ponto de não conseguir morar em outro lugar sem causar incômodos a terceiros. Nisto, reconhece ainda que os soníferos o ajudam, com o que demonstra que, mesmo um sujeito em grande grau delirante, pode opinar e reconhecer de modo válido sobre seu tratamento⁵⁴³.

Por fim, no seu recurso, afirma ainda a indignidade que sente enquanto homem de elevado nível intelectual, que é, entretanto, “tratado juridicamente como uma criança de menos de sete anos, excluído da possibilidade de administrar nem ao menos por correspondência os seus bens, privado de qualquer informação sobre a situação deste patrimônio, etc.?”⁵⁴⁴

Como já se teve oportunidade de destacar o sistema da incapacidade foi verdadeiramente pensado voltado à questão patrimonial, pelo que é óbvio que seja falha no que toca aos aspectos existenciais. Mas mesmo o poder de administrar e dispor do seu próprio patrimônio é um fator que, especialmente num contexto capitalista, é extremamente relevante para a realização também do ser.

A decisão que, adiante-se, julgou procedente o recurso, foi publicada em 14 de julho de 1902, e apresentou em seus fundamentos muitas das considerações expostas por Schreber no seu recurso. Assim, por exemplo, o destaque para que a doença mental por si não é suficiente para

⁵⁴² SCHREBER, op. cit., p.263.

⁵⁴³ SCHREBER, op. cit., p.270.

⁵⁴⁴ SCHREBER, op. cit., p.271.

a interdição e que a curatela pode também ser estabelecida sem a privação total da capacidade do sujeito. Chama atenção ainda a já disposição em sentença de que a palavra “negócios” a que se refere a lei não diz respeito unicamente às questões patrimoniais, mas também

o conceito abrange o conjunto de circunstâncias de vida, cujo bom andamento é de interesse da lei: os cuidados com a própria pessoa do interditado, com sua vida, saúde, bem como com seus familiares e seu patrimônio, pois a interdição é, antes de mais nada, uma medida de proteção. Ela pretende ajudar a quem tem condições de se proteger das circunstâncias nocivas de sua falta de entendimento e da eventualidade de que outros tirem proveito disso⁵⁴⁵.

Reconhece-se na Alemanha, portanto, em sentença de mais de um século atrás, como os fatores que devem nortear a interdição não se cingem à esfera patrimonial, mas a extrapolam, alcançando a existencial. Deve servir a interdição para nada mais do que fornecer proteção ao sujeito desprovido de entendimento. Tais lições, de distinção dos termos e luta pela autonomia, propiciada pela redação e pensamento de um próprio portador de transtorno mental, é algo que, certamente, não deve ser desprezado.

6.4 INCAPACIDADE E INVALIDADE: UMA PROPOSTA

Problema que sempre afligiu a doutrina foi o da invalidade, seja em grau de nulidade ou anulabilidade, dos atos e negócios jurídicos praticados pelos incapazes. É que, como calcados estes atos na vontade, sua prática por um incapaz acaba por gerar um ato ou negócio com suporte fático deficiente⁵⁴⁶ e, portanto, inválido. Pontes de Miranda, inclusive, afirma que a capacidade civil seria o primeiro dos pressupostos de validade⁵⁴⁷.

Esta invalidade encontra seu fundamento na intenção já acima exposta de proteger o incapaz⁵⁴⁸. A ideia é de que como não tem o incapaz, ao menos em algum grau, discernimento para entender o ato que pratica, deve ele ser protegido dos efeitos deste.

Esta teoria voluntarista encontra graves problemas na prática do dia-a-dia. Pense-se, por exemplo, nos diversos pequenos negócios jurídicos que são realizados pelos menores, inclusive absolutamente incapazes. Quadro este que se agrava, inclusive, diante da lembrança da realidade do nosso ordenamento em que a incapacidade absoluta persiste até que o sujeito complete os dezesseis anos de idade. Pegar um ônibus, realizar compras de pequeno (ou

⁵⁴⁵ SCHREBER, op. cit., p.294.

⁵⁴⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo IV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.3.

⁵⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, tomo IV, p.93.

⁵⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, tomo IV, p.109.

mesmo grande) valor, emprestar e trocar coisas, todos estes são negócios realizados pelos menores cotidianamente. Já afirmava Francisco Pereira de Bulhões Carvalho que considerar os atos praticados pelos menores absolutamente incapazes como nulos “seria fulminar toda essa atividade e instituir a desordem social”⁵⁴⁹

Chama-se atenção para o caso do menor, em que pese não seja ele a tônica do presente trabalho, somente por ser, sem sombra de dúvidas, aquele em que por mais vezes se encontra o quadro de serem tolerados pelo ordenamento, sem qualquer contestação no mundo fático, negócios que seriam anuláveis ou mesmo nulos. No caso dos outros incapazes, inclusive do portador de transtorno mental, a situação é exatamente a mesma, embora acabe refletindo menos no ordenamento por conta de se tratar de um contingente populacional menor e, certamente, mais invisível.

Surge então o problema: é possível justificar de alguma maneira a permanência destes atos no ordenamento? De que maneira?

Uma das teorias a respeito propõe que nem todo contrato seria necessariamente um negócio jurídico. Assim, os atos praticados pelos incapazes seriam considerados atos existenciais, não entrando a vontade como suporte fático, de modo que não haveria como se falar da sua invalidade.

O problema desta teoria é que se termina aplicando para atos em essência iguais explicações diferentes. Um contrato feito entre capazes ou envolvendo um incapaz é essencialmente o mesmo. Além do mais, esta teoria acabaria retirando a possibilidade de alegação de importantes meios de defesa contra a imperfeição do contrato, como os defeitos do negócio jurídico.

Uma segunda possibilidade, mas esta aplicável somente aos portadores de transtorno mental, seria a de voltar a considerar os intervalos lúcidos. Esta, aliás, era a opção existente nas Ordenações Filipinas. Sustenta-se que, principalmente com o desenvolvimento da psicofarmacologia, os intervalos lúcidos hoje muitas vezes são mais longos do que aqueles em que o sujeito se encontra privado do discernimento, razão porque deveriam aqueles ser considerados como a regra, não como a exceção⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.874.

⁵⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p.154.

O grande problema com a questão dos intervalos lúcidos é o da segurança jurídica no ordenamento. Além disso, em que pese poder ser uma solução para o problema proposto no caso do transtorno mental, é uma solução muito pequena em termos de abrangência. Primeiro, porque aplicável somente aos casos de transtorno mental (talvez também aos ébrios e viciados). Em segundo lugar, porque nem todo transtorno mental faz com que o sujeito venha a ter intervalos lúcidos. Não resolve, também, a questão.

Uma terceira possibilidade, de certa maneira similar à ideia dos intervalos lúcidos, embora invertida, seria a da incapacidade acidental. Nesta não se afeta propriamente a capacidade do sujeito, mas sim abre a possibilidade para que peça anulação do ato o sujeito que “se encontra acidentalmente incapacitado por qualquer causa passageira que comprometa as suas faculdades intelectuais e volitivas”⁵⁵¹. Não se trata, portanto, verdadeiramente de uma mudança para permitir a prática de atos válidos pelos incapazes, de modo que não parece solucionar o problema.

Uma quarta proposta, que aqui se apresenta e defende, seria a de realizar modificação legislativa nas causas de invalidade, para que os atos dos incapazes, qualquer que seja seu grau, sejam apenas anuláveis, nunca nulos.

Como se sabe, a nulidade da nulidade visa repudiar do ordenamento aquele ato. As demais causas de nulidade, previstas no art.166, do CC-2002, decorrem de ilicitude (II, III, VI), impossibilidade (II), problemas formais (IV e V) e determinação legal expressa ou implícita (VII).

A nulidade por conta da incapacidade do sujeito, prevista no art.166, I, parece deslocada em relação às demais causas. Como se sabe, o fundamento pela qual se tornam inválidos os atos praticados pelos incapazes, é o da própria proteção destes. Como afirma Pontes de Miranda, quando se trata de incapacidade a consideração primária deve ser com o “princípio da preponderância da tutela do incapaz” e não com um “princípio da tutela do tráfico jurídico”, já que tal se encontraria em segundo plano⁵⁵².

Ora, nem todo negócio jurídico praticado por um incapaz, notadamente por um absolutamente incapaz, lhe será necessariamente prejudicial, razão porque a aplicação da nulidade parece de todo desmedida. A anulabilidade, por sua vez, mantém o caráter protetivo que se quer

⁵⁵¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Meio ambiente e saúde mental: uma perspectiva jurídica da solidariedade. In: CONPEDI – Encontro de Manaus. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em 4 jan. 2015, p.200.

⁵⁵² PONTES DE MIRANDA, tomo IV, p.110.

oferecer ao incapaz, ao mesmo tempo que libera o tráfego negocial, e poupa a doutrina de buscar explicações mirabolantes para a manutenção dos negócios realizados pelos incapazes.

Tal teoria tem fundamento similar àquela que afirma que os menores de dezesseis anos, no que toca às questões contratuais, teriam capacidade relativa. Assim, os contratos por eles realizados não seriam nulos, mas sim contratos claudicantes, de modo que “enquanto a parte capaz fica obrigada, a parte incapaz pode pedir a anulação, *ex une latere consistit obligatio*, enquanto de outro lado claudica”⁵⁵³.

Esta lógica baseada na ideia da proteção se manifesta em outros dispositivos do CC-2002. Assim, por exemplo, quando se dispensa a aceitação do donatário incapaz no caso da doação não onerosa. Do mesmo modo, mas no sentido oposto, quando se afasta a anulabilidade do ato praticado pelo menor relativamente incapaz que ocultou sua idade; se tem a malícia suficiente para ocultar sua idade, não necessita, portanto, da proteção da anulabilidade.

Para além desta proposta de alteração legislativa, é possível também, já no atual quadro, dar maior relevância ao princípio da proteção do incapaz, só gerando a invalidade quando houver efetivo prejuízo a este. Seria a ideia de considerar que o suporte fático da invalidade é composto não apenas pelo defeito (no caso, a incapacidade), mas também pelo prejuízo, como, aliás, é muito comum no Direito Processual Civil⁵⁵⁴.

Ademais, há que se considerar também que há toda uma gama de atos praticados pelo incapaz que não devem sequer ser questionados mesmo diante da restrição da autônoma. Assim, apenas a título exemplificativo, pois qualquer rol com pretensões exaustivas já nasceria condenado ao fracasso: a escolha religiosa; a opção por ser ou não doador de órgãos *post mortem*; gostos culturais em geral, tais quais música, cinema, literatura e moda; a orientação sexual (vide as recentes e contínuas celeumas envolvendo a “cura gay”); o direito de ser informado e decidir sobre seu tratamento.

Claro que, como já destacado inúmeras vezes, o grau de liberdade para tais escolhas deve ser realizado diante do caso concreto, já que em algumas situações relacionadas ao transtorno mental, como em quadros como o da depressão, por exemplo, a negação ao tratamento pode ser um próprio sintoma do qual precisa o sujeito ser protegido.

Caso se esteja diante dos casos em que houve período anterior em que gozava o sujeito de capacidade, ampliam-se ainda mais as possibilidades de privilegiar a sua autonomia,

⁵⁵³ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito*: tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.876.

⁵⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: vol.1. 16.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p.301.

notadamente no que toca às suas escolhas quanto ao tratamento médico, através do recurso às diretrizes antecipadas de vontade, normalmente referidas como testamento vital, nos termos da resolução 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina⁵⁵⁵.

Além disso, como também já dito acima a respeito da escolha do curador, não se vê impedimento para que seja desenvolvido documento similar ao testamento vital, em que possa o sujeito traçar disposições ainda mais amplas do que as acima elencadas sobre o regramento da sua vida, enquanto ainda contar com o seu discernimento, para que sejam aplicadas após eventual causa da diminuição deste e consequente incapacidade.

6.5 A LEI 10.216/2001 E A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Como já disposto no capítulo 3, a Lei n.10216/2001 foi resultado legal do movimento pela reforma psiquiátrica. Como tal, a lei busca romper com o paradigma anterior vinculado à internação, para privilegiar o atendimento ambulatorial, buscando assim adequar as políticas de tratamento de transtorno mental às ideias mais contemporâneas sobre o tema. Neste intento, acaba também por trazer diversas normas que podem ser utilizadas para resolver alguns dos problemas de violação da personalidade do portador de transtorno mental apontados no capítulo 5.

A lei inicia vedando qualquer espécie de discriminação ao portador de transtorno mental (art.1º), bem como enumerando seus direitos, que devem ser formalmente cientificados ao portador de transtorno mental e seus familiares ou responsáveis (art.2). Esta norma do *caput* do art.2º tem muito mais força simbólica do que efetividade, já que seu parágrafo único enumera direitos em nove incisos, que dificilmente seriam relatados na prática do atendimento diário.

Acredita-se que o ideal seria a edição de nova norma que, sem necessariamente modificar o citado dispositivo, criasse o dever de serem estes direitos afixados em local de destaque e visibilidade em toda unidade, pública ou privada, que preste atendimento voltado ao transtorno mental. Assim se alcançaria maior eficácia social com a norma, do que através do hoje existente dever de informar os direitos.

⁵⁵⁵ AGUIAR, Mônica. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina. In: *Direito Civil: Coleção Conpedi*, vol.6. Curitiba: Clássica, 2014, p.224-225.

A maior parte dos direitos elencados está voltada de modo mais abstrato para a promoção do acesso digno ao tratamento e da liberdade do portador do transtorno mental, protegendo, portanto, a personalidade de modo geral, como se pode notar pela transcrição do artigo abaixo realizada.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Alguns incisos, entretanto, trazem algumas proteções mais específicas relacionada com os direitos da personalidade em espécie. O inciso IV do citado artigo, traz proteção à privacidade do portador de transtorno mental, determinando o sigilo das informações que preste. As informações prestadas pelo portador do transtorno mental, quando do atendimento, são, *a priori*, sigilosas.

O inciso VI, por sua vez, auxilia contra a perspectiva de exclusão do mundo anteriormente abordada, ao permitir que tenha o sujeito livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; é claramente norma que tem maior importância nas situações em que há a internação, mas que não deixa de se aplicar aos sujeitos que se encontrem em convívio familiar.

A grande dificuldade quanto ao disposto nos incisos IV e VI é a mediação destes direitos, o que acaba, inevitavelmente, ficando a cargo de um terceiro. É que no que toca à privacidade

das informações, por vezes será necessário ao médico transmitir algumas destas aos familiares ou autoridades competentes. Defende-se aqui, entretanto, que isto só deverá ocorrer quando sejam informações necessárias para o tratamento e que não possam ser executadas pelo próprio portador de transtorno mental, ou quando tenha o sujeito declarado intenção de causar danos a si ou a terceiros.

Nesta segunda situação, notadamente, caberá o juízo do profissional responsável pelo seu atendimento quanto ao grau de seriedade com que deve ser tratada a informação vinculada à ideia de causar danos. É que declarações raivosas de intenção de causar danos a si mesmo ou a terceiro podem surgir no curso de qualquer atendimento psicanalítico, por exemplo, seja o paciente portador de transtorno mental ou não, sem que isso implique necessariamente a intenção de leva-las a cabo. Em que pese as dos portadores de alguns transtornos mentais mereçam maior atenção, se tem que tomar cuidado para estar alerta à tênue barreira entre o cuidado e o preconceito.

Do mesmo modo no que toca à liberdade de acesso aos meios de comunicação. Por um lado, é extremamente importante a sua garantia, como modo de evitar a exclusão do sujeito do mundo. Nos casos em que a internação se faz necessária, a manutenção do contato social, ainda que por meio de telefone ou Internet, é fator importante para evitar a morte social. Por outro, corre-se o risco de que o sujeito, devido ao estado de crise em que se encontre, utilize os meios de comunicação para causar transtornos a terceiros.

Diante dos interesses em jogo e do histórico de exclusão, defende-se aqui que a comunicação seja sempre permitida, ainda que supervisionada em alguns casos, conforme o melhor juízo do grupo profissional responsável pelo atendimento. Entre a possibilidade de ficar o portador de transtorno mental incomunicável e sujeito a abusos, ou de um terceiro sofrer, por exemplo, uma ameaça telefônica, que possa ato contínuo ser esclarecida pela equipe responsável pelo tratamento, a segunda é certamente menos lesiva.

No que toca à proteção ao corpo, pode-se citar o inciso VIII, que determina que o tratamento deve se dar em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis. Pretende-se, assim, afastar o uso de tratamentos desumanos, já amplamente abordados.

Na mesma linha, o art.11, que determina que as “pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde”. Ocupou-se a lei com a preocupação já antes colocada da

realização de pesquisas nos portadores de transtorno mental, que são sujeitos especialmente vulneráveis.

O foco da lei, entretanto, é resignificar o papel da internação no tratamento do portador de transtorno mental. A internação deixa de ser a política padrão de tratamento, para se tornar apenas medida pontual. O próprio inciso IX acima transcrito deixa isto claro, ao afirmar que o tratamento deverá se dar, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Prevê a lei internação de três tipos, a saber, voluntária, involuntária e compulsória. A internação voluntária, como o próprio nome indica, é aquela que se dá com consentimento do próprio sujeito (art.6, parágrafo único, I). A involuntária, por sua vez, se dá sem o consentimento do sujeito, a pedido de terceiro (art.6º, parágrafo único, II). A compulsória, por fim, é aquela que ocorre por conta de determinação judicial (art.6º, parágrafo único, III).

Em qualquer dos casos a internação, que só deve ser utilizada como último recurso (art.4º), deve sempre visar a reinserção do portador de transtorno mental ao seu meio (art.4º, § 1). Também não pode a internação se dar em instituição que possua caráter asilar, sendo estas definidas como as que não concedem os direitos acima já destacados, ou que não ofereça assistência integral ao portador de transtorno mental, provendo serviços médicos, psicológicos, ocupacionais e de lazer, dentre outros (art.4º, § 3).

Dentre as três modalidades de internação, a involuntária, sem dúvida, é aquela que se coloca como a que exige maior fiscalização. Isto porque, acontecendo a pedido de terceiros, ao contrário da voluntária que parte do interesse do próprio sujeito, bem como da compulsória em que houve anteriormente o devido processo legal, abre maior espaço para internações indevidas. Os casos amplamente relatados acima, do Colônia, bem mostram isso.

Por conta disto é que a internação voluntária não apenas deve ser assinada por um médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina do local onde ela acontece, como também deve ser comunicada no prazo de setenta e duas horas ao Ministério Público estadual, tanto o seu início, como seu término.

6.6 TRANSTORNO MENTAL, TRABALHO E PREVIDÊNCIA

A busca pela inserção social do portador de transtorno mental acontece também pelo trabalho. É certo que nem todo transtorno mental possibilitará que o sujeito se insira no contexto de

uma relação de emprego, mas em muitos casos não será impedimento. Assim, a possibilidade de trabalhar, sentir-se útil, produtivo, acaba contribuindo para a promoção da dignidade do portador de transtorno mental.

Por outro lado, deve o ambiente de trabalho ser agradável, propício a promover a integração social do sujeito, e não operar no sentido oposto, como muitas vezes se dá, servindo como elemento causador de enfermidades mentais⁵⁵⁶.

Além disso, como de acordo com a Organização Mundial de Saúde se tem cerca de 10% da população classificável como deficiente, seja do ponto de vista físico ou mental, a inclusão do deficiente funciona não apenas em favor deste, mas também como modo de implementar a mão-de-obra ativa do país, apta a produzir riqueza⁵⁵⁷.

A Lei n.8213/91 criou, no seu art.93, a obrigatoriedade de empresas com mais de 100 empregados em contratar portadores de deficiência. Esta cota, entretanto, diz respeito a deficiências de todo tipo, de ordem física ou mental, de modo que não significa que serão geradas necessariamente vagas para o portador de transtorno mental⁵⁵⁸.

Goza ainda de benefícios previdenciários, na condição de dependente do segurado, o portador de transtorno mental que tenha sua incapacidade em qualquer grau declarada judicialmente, e que seja cônjuge, companheiro, ou filho não emancipado menor de 21 anos (art.16, I), bem como o irmão não emancipado até igual idade (art.16, II). Goza igualmente de benefício, independentemente de tempo de carência, o segurado que for acometido por deficiência (art.26, II).

Ademais, no que toca à pensão por morte, esta não se extinguirá enquanto durar a incapacidade judicialmente declarada (art.77, II e III). O que pode haver é tão somente a sua

⁵⁵⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; MARCHIORI, Flávia Moreira. Saúde mental e qualidade de vida no trabalho. In: *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v.24, n.299. São Paulo: Síntese, 2014, p.112.

⁵⁵⁷ POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.183.

⁵⁵⁸ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

redução em 30%, caso porventura esteja ele exercendo atividade remunerada, e tão somente enquanto esta durar (art.77, §4).

Além disso, diversas garantias podem ser encontradas também na Lei n.8742/93, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). Saliente-se que em 2011 houve modificação na citada lei, através das Leis n.12435 e 12470/2011, que promoveram importante alargamento do conceito de deficiência, que passou assim a incluir também o portador de transtorno mental e incapaz⁵⁵⁹.

Desta forma é que o art.20, § 2, da LOAS, passou a considerar como deficiente toda pessoa “que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. A avaliação da deficiência não passa pela mera constatação de incapacidade ou interdição, sendo determinada a partir de avaliação médica e social realizada pelo próprio Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), conforme o art.20, §6.

A inclusão do portador de transtorno mental no conceito de deficiente da LOAS abre então a possibilidade de seu acesso a diversos benefícios. Assim é que faz jus ao benefício de prestação continuada, que implica o recebimento de um salário mínimo mensal, desde que não haja familiar apto a lhe prover a subsistência (art.2º, e; art.20). A revisão deste benefício deve se dar a cada dois anos (art.21).

Este direito não encontra suspensão por conta de internação (art.20, §5), tampouco por conta do desenvolvimento de habilidades por parte do deficiente, desde que ainda se mantenha nesta condição (art.21, §3). Também não suspende o benefício o exercício de atividades não remuneradas de habilitação ou reabilitação (art.21, §3). De igual modo não suspende a concessão do benefício a contratação do deficiente como aprendiz, podendo ser a remuneração e o benefício recebido concomitantemente por até dois anos (21-A, §2). Entretanto, as atividades remuneradas, em regra, implicam na suspensão do benefício, que poderá ser restabelecido a pedido do interessado tão logo cesse com sua relação de emprego ou atividade empreendedora(art.21-A; 21-A, §1).

⁵⁵⁹ Anteriormente o conceito de deficiência estava mais restrito ao de deficiência física. Sobre as proteções e garantias ao portador de deficiência física: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Não se limita a assistência social somente a garantir o pagamento do salário-mínimo mensal ao portador de transtorno mental caracterizável como deficiente, mas também se propõe a realizar a sua integração social (art.2º, d).

7 CONCLUSÃO

Superada a primeira década do século XXI, aproximando-se dos trinta anos da Constituição Federal de 1988 e passados mais de dez anos do Código Civil de 2002, vai, cada vez mais, se delineando a existência de um novo Direito Civil brasileiro. Sem que seja necessário renegar o estudo dos aspectos patrimoniais que igualmente o compõem, mas que sempre estiveram no foco da atenção, as questões existenciais cada vez mais passam a ocupar um lugar de destaque, não apenas na doutrina e jurisprudência, mas na pulsante vida social.

Neste cenário, que talvez não seja revolucionário, por não implicar numa ruptura com o passado, mas que certamente é de mudança, nada mais natural do que o questionamento de velhas fórmulas e certezas do passado. Foi justamente neste espírito que foi construída esta tese em que se questionou a situação do incapaz portador de transtorno mental.

Interessante que, no transcorrer das mudanças dos últimos anos, a autonomia, princípio sempre tido como basilar no Direito Civil, sofreu sérios ataques e abalo de prestígio. Boa-fé objetiva e função social se tornaram mais do que princípios, mas expressões na moda, a ponto de tornar na doutrina quase criminosa a defesa da autonomia.

Tal reação, verdade seja dita, deu-se dentro da análise do papel da autonomia no âmbito patrimonial, pretendendo coibir o seu uso abusivo, especialmente no campo dos contratos, que acabava implicando na realização unicamente da autonomia do contratante mais forte. Aí é que a ideia da eticidade e socialidade se apresentaram, aqui se pensa, não como princípios contrários à autonomia, mas sim como instrumentos para a sua realização de modo mais verdadeiro e equânime na sociedade. Não há verdadeiramente autonomia quando esta é só de um.

Todas estas reflexões de ordem principiológica, entretanto, acabam também por fazer com que nesta tese seja repensado o papel da autonomia noutra contexto; o existencial. Entende-se aqui que a autonomia é princípio derivado da liberdade e, como tal, integrante do conteúdo da dignidade da pessoa humana.

A própria noção de liberdade, constatou-se, passou por ao menos dois momentos bem diversos, embora complementares, na história do Direito. Num primeiro momento, as lutas e conquistas em torno da liberdade estiveram relacionadas com aquelas também relativas à privacidade. No surgimento do Estado Liberal, as primeiras demandas pela liberdade se identificavam com o clamor pela não interferência do Estado na esfera do particular, do

privado. Já daí identificam-se também alguns assuntos muito discutidos ainda hoje no Direito Civil no que toca à privacidade e autonomia, como o direito de estar só.

Ao longo do século XX, as desmesuras do liberalismo e o horror das Grandes Guerras Mundiais, fizeram a sociedade repensar a sua relação com o Estado. Passa-se assim de um modelo não-intervencionista para outro em que se reconhece a importância do papel do Estado em promover o bem comum, inaugurando-se a era do chamado Estado de Bem-Estar Social.

Não que tenha o *welfare state* sido o final da história, como bem provam os costumeiros conflitos entre este e o neoliberalismo. As constantes mudanças no cenário econômico e político nacional e mundial deixam isso bastante claro. Mas, no que importa para o tema tratado nesta tese, o fato é que por conta dos citados problemas chegou-se à conclusão de que a liberdade, para verdadeiramente se realizar, precisa encontrar um cenário de igualdade entre os sujeitos.

Igualdade esta que, se aparecia ao menos de modo formal no liberalismo clássico, é altamente incompatível com o projeto do neoliberalismo. A liberdade e, por conseguinte, a autonomia para se realizarem dentro de um Estado que se pretenda solidário e fundado na dignidade da pessoa humana, depende da construção de mecanismos pelos quais se possa municiar os excluídos com meios para superar a desigualdade a fim de que, assim, possam se impor como agentes livres.

Foi partindo desta perspectiva que se retomou nesta tese o estudo da autonomia, fazendo-o, entretanto, numa perspectiva muito mais voltada para o aspecto existencial. Como já se disse ao longo do texto, não que seja menor ou desimportante a questão da autonomia no que toca a questões patrimoniais, mas o que se quer é mostrar que, quando se discute a autonomia do sujeito, está em cheque também o próprio plano existencial da pessoa.

A discussão sobre autonomia, como aliás boa parte das discussões sobre princípios, acaba sendo sobre os seus limites. Assim é que se buscou analisar não somente aquilo que é normalmente colocado como limite à autonomia, mas, principalmente, seus fundamentos. Desta sorte é que se realizou classificação quanto a estes fundamentos que objetivou mostrar as razões declaradas pelo ordenamento para limitar a autonomia do sujeito. E, no que se chamou de *limitação subjetiva*, que é a mais relevante para esta tese, pois seria aquela em que se encaixariam as questões relacionadas com a incapacidade, pode-se concluir que tem ela seu

fundamento na ideia de proteção do sujeito. Ou seja, limita-se a autonomia do sujeito com base na ideia de que esta proteção está se dando para sua proteção, em seu próprio interesse.

E aqui surge o primeiro ponto de maior questionamento que se desenvolveu e que, pelos estudos realizados, se considera que implicou na confirmação da hipótese, de que esta limitação subjetiva que se faz ao estabelecer a incapacidade, não atende somente aos seus interesses. Não se afirma aqui que a incapacidade não serve como instrumento protetivo do incapaz; que fique claro isso. O que se conclui é que, em que pese desempenhe também esta função, acaba por atender a interesses outros, muitas vezes contrários ao do próprio incapaz.

Chegar até esta conclusão envolveu primeiro desconstruir a ideia de que a incapacidade sempre serviu como instrumento protetivo, o que se fez a partir de análise histórica, bem como atual, de situações em que a perda da capacidade, muitas vezes até mesmo da de direito, se colocou como uma penalidade ao sujeito. Desmistifica-se assim este cunho protetivo, mostrando que efeito similar pode vir a ser aplicado também como resultado não de proteção, mas de penalidade.

Em seguida, desconstruiu-se o argumento de atender a incapacidade a interesse exclusivo do incapaz, ao se demonstrar que, mesmo formalmente, atende também a interesses de terceiros, bem como do ordenamento jurídico, no que toca à segurança negocial. Assim é que pouco importa se o negócio jurídico realizado por um sujeito absolutamente incapaz lhe foi benéfico ou prejudicial, a consequência da nulidade se fará presente e isto, claramente, não se dá para a proteção do incapaz, mas sim em prol do interesse de promover a segurança jurídica.

Dentre os maiores incapazes, no que se centrou a presente tese, foi realizado o recorte no portador de transtorno mental por conta de, como já explanado desde a introdução, ser esta a categoria que se considera abarcar as demais. Assim é que se realizou abordagem histórica da legislação brasileira, mostrando as mudanças ocorridas e concluindo-se que, mesmo no atual Código Civil de 2002 há um uso equivocado de termos (deficiente), sendo que o mais tecnicamente correto seria portador de transtorno mental.

A escolha por trabalhar com o portador de transtorno mental levou, necessariamente, a explorar os sistemas de tratamento que lhe foram e são aplicados. A partir daqui não houve mais como prosseguir atrelado unicamente ao conhecimento jurídico, notadamente por conta de a discussão passar a se imiscuir por outras instâncias de saber, ou saber-poder, no dizer de Michel Foucault, notadamente a psiquiatria.

Passando por um breve momento, em termos de registro histórico, embora longo na história, em que este sujeito portador de transtorno mental podia transitar de certa forma livremente no corpo social, surge a prática asilar. As leituras realizadas sobre os abusos ocorridos nesta parte da história, confessa-se, não são feitas sem que se fique com uma marca na alma. Ainda que não se trate de uma história sobre vilões, o abuso de poder e o tratamento do ser humano portador de transtorno mental como algo inferior na escala evolutiva, deixaram uma marca indelével na história da humanidade. Foi e é aterrador o papel destas instituições totais.

Mais do que isso, se pôde constatar como este período que teve a internação como paradigma, foi utilizado também como modo de higienização social, depósito de indesejados, loucos ou não. Muitos dos internos do Colônia podem atestá-lo, a par de tantos outros hospícios e histórias que não se fizeram conhecer.

Felizmente, ao menos no Brasil, vive-se hoje outro paradigma, fruto da reforma psiquiátrica e da luta antimanicomial. O foco no tratamento ambulatorial, através dos CAPS, se não perfeito, afasta o problema da institucionalização desmedida. Com isso não se quer dizer que a internação nunca deva ocorrer. Mas, para tanto, deve se cingir a situações extremamente pontuais e necessárias para salvaguardar a vida do próprio paciente ou de terceiros; e não pode se dar em instituições que tenham características asilares, desrespeitadoras da dignidade dos portadores de transtorno mental.

Esta mudança de paradigma, entretanto, não é o final da história. Há pontos a acertar e desafios a vencer, alguns deles extremamente cruéis e insidiosos, fomentado unicamente por interesses neoliberais de profissionais e empresários para quem lidar com o transtorno mental é nada mais do que um negócio. Nada contra a atividade empresarial, porém tudo contra a exploração e fomento da miséria humana.

Todas estas provas fornecidas pela história permitiram propor a inclusão do incapaz portador de transtorno mental na categoria de sujeitos vulnerados. Vulnerabilidade esta que, no caso deste sujeito, se caracteriza por uma condição de fragilidade, desempoderamento, por conta de fatores jurídicos, biopsíquicos e sociais, que o colocam na condição de ser humano de segunda categoria.

Esta vulnerabilidade é verificável e dá azo a diversos problemas enfrentados pelo incapaz portador de transtorno mental. O que se acredita ser o principal deles, posto que fomentador dos demais, é a formação do estigma. A estigmatização do sujeito, com a consequente

redução dele à sua doença, o tolhe da possibilidade de uma vida que se aproxime mais dos padrões da dignidade.

Olha-se para o portador de transtorno mental como se fosse um ser humano digno de pena, ou de asco, ou de medo. A dificuldade de integração social, muitas vezes já existente por conta de fatores biopsíquicos, acaba por se agravar ainda mais por conta do preconceito. Ser louco é ser anormal, maculado, expurgo divino. E, como tal, é não ter direito também a construir uma identidade própria, com violações inclusive ao nome e imagem.

Em decorrência disso, afirma-se aqui, diversas outras violações à possibilidade de vida digna e de realização da personalidade ganham força. Um dos fatores nesta monta é o fortalecimento da atitude paternalista, com a conseqüente infantilização do portador de transtorno mental, o que traz graves prejuízos ao exercício da sua autonomia. É como já se repisou: a prática tem demonstrado que tornar o sujeito incapaz não retira dele somente seu controle patrimonial, mas, no mais das vezes, a possibilidade de decidir sobre o seu projeto de vida.

Tanto a perda da autonomia, como o estigma, facilitam o processo que se deu sobretudo à época em que se tinha a internação como paradigma, de exclusão do portador de transtorno mental do mundo. O afastamento dos indesejados, muitas vezes sob o argumento de ser algo no melhor interesse do portador de transtorno mental, em regra apenas o fragiliza ainda mais, abrindo um abismo para a sua integração no convívio social.

Estes mesmos fatores levam também a graves violações à privacidade, que são ainda mais intensificadas quando em ambientes de internação. A vida do portador de transtorno mental, com base na ideia de sua ausência de discernimento, passa a ser tida como se devesse ser um livro aberto a todos que lhe assumem a responsabilidade.

Não só a privacidade, mas também o próprio corpo do sujeito acaba sendo presa fácil de abusos. A uniformização das instituições totais é um exemplo disso. Ao ingressar em tais estabelecimentos o sujeito deve adequar, inclusive seu corpo, ao que espera a instituição. Os castigos injustificados e mesmo a exibição para entretenimento do público, também mostram a instrumentalização do corpo destes sujeitos.

Isto, ainda neste ponto, para não falar nos “tratamentos médicos” mais espúrios a que foram submetidos os portadores de transtorno mental, notadamente anteriormente ao desenvolvimento dos psicofármacos. E, mesmo hoje, outros desafios surgem, como a

necessidade de encontrar o delicado equilíbrio entre a real necessidade de medicamentos e os interesses da indústria farmacêutica.

O quadro, entretanto, não é de total desesperança. Conclui-se pela pesquisa que a situação do incapaz portador de transtorno mental é hoje melhor do que a de tempos passados. É certo que o preconceito e o estigma persistem, mas as políticas públicas de inclusão e de tratamento trazem pontos positivos.

Do ponto de vista jurídico, o Código Civil ainda se encontra em posição de pouco avanço. A curatela deveria ser regulamentada de maneira a fomentar maior gradação das limitações do incapaz, de modo que se preserve ao máximo a sua autonomia. *Tailored measures*, é o que se pede. Quadro este que é ainda mais agravado pela constatação de que os juízes pouco utilizam a incapacidade relativa, preferindo uma regra de tudo ou nada, em que já se opta por declarar o sujeito absolutamente incapaz, dificultando enormemente a realização de sua vida digna. Este é um pensamento que precisa mudar.

E alguns passos foram dados neste sentido com a aprovação do novo Código de Processo Civil. Assim, por exemplo, a exigência de equipes multidisciplinares para a análise da interdição ao longo de todo o processo, a determinação de uma investigação “das suas vontades, preferências, laços familiares e afetivos”, dão a nota da mudança positiva, com maior foco realmente nos interesses do interditando e não de terceiros.

Nesta análise jurídica não podia ficar de fora a abordagem da Lei n.10.216/2001, que foi justamente a legislação responsável por mudar oficialmente no país do paradigma do tratamento do portador do transtorno mental pela internação, para o ambulatorial. Destacou-se como as garantias presentes nesta lei foram importante passo para a promoção da personalidade e vida digna do portador de transtorno mental.

Realizou-se ainda nesta tese distinção entre doença mental, transtorno mental, incapacidade e interdição. A confusão na doutrina é grande e, mais do que mera questão de classificação acadêmica, aclarar-se estas distinções traz importante contribuição de ordem prática, que podem inclusive contribuir para a atenuação do estigma, ao dar conta de como muitos portadores de transtorno mental são pessoas completamente capazes.

Também no intento de promover a autonomia do incapaz, propõe-se aqui que os atos praticados mesmo pelos absolutamente incapazes não sejam considerados nulos, mas apenas anuláveis. Isto, de uma só vez, solucionaria problema longamente enfrentado pela doutrina

quanto à recepção destes atos pelo ordenamento, como também aproximaria a teoria do seu fundamento declarado de proteção dos interesses do incapaz.

Por fim, ainda no âmbito jurídico, procurou-se esclarecer alguns aspectos da relação entre transtorno mental, trabalho e previdência. Tal ponto se faz necessário especialmente por ter a noção de deficiência no âmbito da LOAS passado a abranger o portador de transtorno mental apenas muito recentemente, em 2011. Passou assim a ter acesso a importantes benefícios, constituindo, importante ganho para a promoção da dignidade destes sujeitos.

Conclui-se a presente tese com a certeza de que esta tese cumpriu com seu papel, não apenas de investigação jurídica, com contribuição à ciência, mas também do ponto de vista social, por ter trazido luz a um tema que toca a sujeitos em posição de vulnerabilidade, numa perspectiva mais libertária.

Não se oferece aqui resposta definitiva ao eterno problema de como Direito e sociedade devem interagir com o portador de transtorno mental, a fim de promover em definitivo sua autonomia e dignidade, nem foi jamais esta a pretensão. O que se pretendeu foi dar mais um passo nesta eterna caminhada pela conquista de direitos, de liberdade, de igualdade, de uma sociedade mais justa e solidária e, quanto a isto, encerram-se estas linhas com o sentimento de dever cumprido.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AGUIAR, Mônica. A proteção do direito à diferença como conteúdo do princípio da dignidade humana: a desigualdade em razão da orientação sexual. In: ALENCAR, Rosmar Antoni Rodrigues Cavalcanti de. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- _____. Respeito à autonomia: do direito civil à bioética. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do conselho federal de medicina. In: *Direito Civil: Coleção Conpedi*, vol.6. Curitiba: Clássica, 2014.
- ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade da pessoa física no direito civil. In: *Revista de direito privado*, vol.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; MARCHIORI, Flávia Moreira. Saúde mental e qualidade de vida no trabalho. In: *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, v.24, n.299. São Paulo: Síntese, 2014.
- ÁLVAREZ, Juan José Criado; LABRADOR, José Ramón Repullo; MILLÁN, Ángel García. Vigencia de la Ley General de Sanidad tras veinticinco años. In: *Revista Española de Salud Pública*, n.5. Espanha: Ministerio de Sanidad y Política Social: 2011. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es>>. Acesso em 10 nov. 2014.
- ARAÚJO, Álvaro Cabral; LOTUFO NETO, Francisco. A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5. In: *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*, vol.XVI, n.1. USP:2014, Disponível em <www.usp.br/rbtcc>. Acesso em 28 dez. 2014.

- ARAÚJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.
- ARMSTRONG, Diane G. *The retirement nightmare: how to save yourself from your heirs and protectors*. New York: Prometheus Books, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, tomo 1. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: Revista trimestral de direito civil. Ano 2, vol. 9. Rio de Janeiro: Padma, 2002.
- BAHIA. *Números da Bahia: 2007-2013*. Salvador: Governo do Estado da Bahia, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. Julho-setembro de 1986.
- BARBOSA, Genário Alves. Aspectos éticos no tratamento dos deficientes mentais. In: *Revista Bioética*, vol.9. Disponível em < <http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARROS, Gilda Naécia Maciel de. A loucura como castigo – Ajax e Hércules. Delírio suicida, delírio homicida. In: *International studies on law and education*, vol.12. Porto: Universidade do Porto, 2012, passim. Disponível em < <http://www.hottopos.com/isle12/25-32gilda.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2014.
- BASTOS, Antonio Adonias A. A abrangência da autonomia da vontade nas locações de construção ajustada. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2014.
- BASTOS, Othon. *História da psiquiatria em Pernambuco e outras histórias*. São Paulo: Lemos, 2002.
- BEAUCHAMP Tom L.; CHILDRESS James F. *Princípios de ética médica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BEZERRA, Benilton. *A história da psicopatologia no Brasil*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 03 mar 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORDA, Alejandro. La capacidad. In: BORDA, Guillermo A (dir.). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Direito à privacidade e lixo – abandono de coisa e irrenunciabilidade a direitos da personalidade. In: *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 2, n.3. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Centro Cultural Ministério da Saúde. *Memórias da loucura*. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 20 dez 2014.

BRASIL. Observatório: Crack, é possível vencer. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em 20 dez. 2014.

BRASIL. IBGE. Disponível em <cidades.ibge.gov.br>. Acesso em 20 dez. 2014.

BRASIL. Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em <www.ccs.saude.gov.br>. Acesso em 21 dez. 2014.

BYINGTON, Carlos. A Moral, a Lei, a Ética e a Religiosidade na Filosofia, no Direito e na Psicologia: um estudo da psicologia simbólica junguiana. Disponível em:<<http://www.carlosbyington.com.br/>>. Acesso em 19 jan. 2015.

CALMON DE PASSOS, J. J. Direito poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMPOS, Fernanda Nogueira. *Trabalhadores de saúde mental: incoerências, conflitos e alternativas, no âmbito da Reforma Psiquiátrica brasileira*. Tese de doutorado em Enfermagem Psiquiátrica. Ribeirão Preto: USP, 2008.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Incapacidade civil e restrições de direito: tomo I*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

_____. *Incapacidade civil e restrições de direito: tomo II*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CUNHA, Alexandre Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

_____. La reforma psiquiátrica 25 años después de la Ley General de Sanidad. In: Revista Española de Salud Pública, n.5. Espanha: Ministerio de Sanidad y Política Social: 2011. Disponível em: <<http://scielo.isciii.es>>. Acesso em 10 nov. 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: vol.1*. 16.ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____. *Da interdição*. Obra inédita gentilmente cedida pelo autor.

DIMENSTEIN, Magda. Reforma psiquiátrica: integrando experiências brasileiras e espanholas no cuidado integral e territorializado em saúde mental. In: *Estudos de psicologia*, n. 16(3). Rio Grande do Norte: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v16n3/11.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

DINIZ, Débora. *A casa dos mortos*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 30 set. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBERLE, Simone. Mais capacidade, menos autonomia: o estatuto da menoridade no novo Código Civil In: *Revista Trimestal de Direito Civil*, vol.17. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

- _____. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FELÍCIO, Jônia Lacerda; PESSINI, Leo. Bioética da proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais In: *Revista Bioética*, vol.17. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Capacidade civil: fixação de novos paradigmas para a construção de um regime jurídico voltado à tutela da dignidade humana. In: EHRHARDT JR., Marcos. Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Albolote: Comares, 2001.
- FONTANA- ROSA, Júlio César. O Diagnóstico psiquiátrico versus o diagnóstico psicológico na orientação de decisões judiciais: considerações. In: *Vox forensis*, v. 2, n. 4, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33047>>. Acesso em: 23 ago. 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- _____. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- _____. *História da loucura: na idade clássica*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FREITAS, Fernando Ferreira Pinto de; RIBEIRO, Guilherme Almeida. Reforma psiquiátrica e exclusão: as experiências de Reggio Emilia a Perúgia. In: Estudos de Psicologia (Natal), vol.11, n.3, 2006. Disponível em <www.scielo.org>. Acesso em 20 dez. 2014.
- FUNES, Andrei Mohr; FUNES, Gilmaria Pesquero F. Mohr. Generalidades da curatela na perspectiva da pessoa portadora de deficiência – art.1780 do Código Civil de 2002. In: *LTR – Legislação do Trabalho*, ano 73, n.12. São Paulo: LTR, 2009.
- GANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GUIMARÃES, Maria Carolina S.; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia reduzida e vulnerabilidade: liberdade de decisão, diferença e desigualdade. In: *Revista Bioética*, vol.7. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- _____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: vol. 1*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa, Instituto Piaget, 1994.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.
- JUSTO, A. Santos. Direito privado romano: v. I. 4. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.
- KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? (“Aufklärung”). In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em 26 nov. 2013.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. O alienista. In: *Obra Completa*, v.II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 12 dez 2014.
- MAGALHÃES, Erika Barreto. *O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral (tese de doutorado)*. Fortaleza, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Meio ambiente e saúde mental: uma perspectiva jurídica da solidariedade. In: *CONPEDI – Encontro de Manaus*. Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em 4 jan. 2015.
- MELLO, Baptista de. A incapacidade civil do pródigo. In: *Revista dos Tribunais*, vol.97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1935.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOURÃO, Ellen Reis. *Dionísio, o deus do vinho, da loucura, do êxtase e da tragédia*. Disponível em: <<http://ulbra-to.br/encena/2014/10/17/Dionisio-o-deus-do-vinho-da-loucura-do-extase-e-da-tragedia>>. Acesso em 26 dez. 2014.

MUÑOZ, Maria Paula Consta Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em concessão de crédito. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUREKIAN, Noemi Graciela. Representações sociais, estigma e processos de reforma psiquiátrica: uma revisão teórica de documentos e pesquisas na interface psicossocial e política. In: *Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva*, vol.6, n.3, 2012. Disponível em:<<http://www.tempusactas.unb.br/>>. Acesso em 21 jan. 2015.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (coord). *Contrato & sociedade*: vol. II. 2 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2011.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Anarquia e direito: uma formação plural e humanista. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=pCSvu_47Y1M>. Acesso em 10 jan. 2014.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. In: *Revista brasileira de bioética*, vol.2, n.2, 2006. Disponível em <<https://rbbioetica.files.wordpress.com>>. Acesso em 19 jan. 2015.

NUNES, Karla Gomes. *De loucos perigosos a usuários cidadãos: sobre a produção de sujeitos no contexto das políticas públicas de saúde mental* (tese de doutorado). Porto Alegre: UFRGS, 2013. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br>>. Acesso em 03 dez 2014, p.114.

OLIVEIRA, Heverton Garcia de; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.

OLIVEIRA, Gerfson et al. *Serviços de saúde mental*. Disponível em <<http://observatorio03.files.wordpress.com>>. Acesso em 20 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (coord); tradução: CAETANO, Dorgival. *Classificação de transtornos mentais e de comportmaneto da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas*. Porto Alegre: Artmed, 1993.

_____. *Mental health: a state of well-being*. Disponível em: <http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/en/>. Acesso em 5 jan. 2015.

ORNELLAS, Cleuza Panisset. *O paciente excluído: história e crítica das práticas médicas de confinamento*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

PANIKKAR, Raimon. É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: volume 1. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Reina Marisol Troca. *Cassandra – profecias de morte no Agaménon de Esquilo*. Disponível em: <<https://ubithesis.ubi.pt/bitstream/10400.6/721/1/CASSANDRA.doc>>. Acesso em 26 dez. 2014.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*: parte geral, tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo IV. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de direito privado: parte especial*, tomo XXIII. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PUPULIM, Jussara Simone Lenzi. *Satisfação do paciente hospitalizado com sua privacidade física: construção e validação de um instrumento de medida* (tese de doutorado).

RATTON, Helvécio. *As portas da razão*. Disponível em <www.youtube.com>. Acesso em 10 mar 2013.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REQUIÃO, Maurício. *Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. Autonomias e suas limitações. In: *Revista de direito privado*, ano 15, vol.60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RESENDE, Heitor. *Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica*. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson do Rosário. *Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil*. Petrópolis, Vozes, 2000.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direitos humanos e a dignidade da pessoa com deficiência. In: *Revista de direito social*, ano 6, n.21. Porto Alegre: Fonte do Direito, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luis. *Argentina promulga seu novo código civil e comercial*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 19 jan. 2015.

ROQUE, Maria Victoria. A relação pessoal como acesso privilegiado para o doente mental grave. In: *Revista Bioética*, vol.9, 2001. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito&Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

ROTTERDAM, Erasmo. *Elogio da loucura*. São Paulo: Atena, 2002. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 19 dez 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANDEL, Michael. *Justice: obediência*. Disponível em: <<http://univesptv.cmais.com.br/justice/home/obediência>>. Acesso em 24 jan. 2014.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, M.; EMMERICH, A.. O consentimento livre e esclarecido e a vulnerabilidade do sujeito de pesquisa. In: *Revista Bioética*, v.19. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>>. Acesso em: 09 Jan. 2015.

- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SCHRAM, Fermin Rolan. A bioética da proteção é pertinente e legítima? In: *Revista Bioética*, vol.19. Disponível em <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em 25 dez. 2014.
- SCHREBER, Daniel Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 1993.
- SIDOU, J. M. Othon. A privação dos direitos cívicos nas instituições do povo romano. In: *Revista dos Tribunais*, v.407. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 22, n.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SOARES, Orlando. Incapacidade, inimputabilidade e preservação da saúde mental. In: *Revista Forense*, vol.325 Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- SOUZA, R., et al. Conflitos de interesses na pesquisa médico-farmacológica. *Revista Bioética*, v.21. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br/>>. Acesso em: 09 Jan. 2015.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TABORDA, José G. V.; ABDALA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. 2.ed. *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- TENÓRIO, F. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito. In: *História, Ciências, Saúde*: vol. 9. Rio de Janeiro: Manguinhos, 2002, p.27. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.
- TRINDADE, Washington Luiz da. A capacidade jurídica e seus limites na lei brasileira. In: *ERGON*, ano XLIV, vol. XLIV. Salvador: Instituto Bahiano de Direito do Trabalho, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- VERAS, Marcelo. *A loucura entre nós: uma experiência lacaniana no país da Saúde Mental*. 2.ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de nome e sexo e a vulnerabilidade do transexual. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Minorias sexuais: direitos e preconceitos*. Brasília: Consulex, 2012.
- WADI, Yonissa Marmitt. *Palácio para guardar doido: uma história das lutas pela construção do hospital de alienados e da psiquiatria no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2002.