

SILVANO ANDRADE DO BOMFIM

DISFUNÇÕES DO SISTEMA DE INCAPACIDADES

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Titular Dr. Rui Geraldo Camargo Viana

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2021

SILVANO ANDRADE DO BOMFIM

DISFUNÇÕES DO SISTEMA DE INCAPACIDADES

Versão Original

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito Civil, sob a orientação do Professor Titular Doutor Rui Geraldo Camargo Viana.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bomfim, Silvano Andrade do
Disfunções do sistema de incapacidades ; Silvano
Andrade do Bomfim ; orientador Rui Geraldo Camargo
Viana -- São Paulo, 2021.
211 f.
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2021.

1. Capacidade civil. 2. Sistema das
incapacidades. 3. Estatuto da Pessoa com
Deficiência . 4. Lei Brasileira de Inclusão. I.
Viana, Rui Geraldo Camargo, orient. II. Título.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Título: **Disfunções do sistema de incapacidades**. 2021.
Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Spesso anche l'uomo pazzo ha parlato giudiziosamente.

(Erasmo de Rotterdam. Elogio della pazzia, 1863, p. 204.)

Dedicação

À Geisa, pelo incondicional apoio sem o qual inexistiria esta tese.

Aos nossos filhos Enzo e Mirela, frutos do amor e companheirismo.

AGRADECIMENTOS:

A elaboração de tese de doutoramento nunca é tarefa fácil. Menos ainda quando pende a responsabilidade de submetê-la à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), a tradicional, velha e sempre nova Academia de Direito do Largo de São Francisco. E menos fácil ainda quando no período de mais intensa pesquisa, após concluídos os créditos necessários e quando se está a imergir nas bibliotecas com maior vigor, adveio a pandemia do novo coronavírus espalhando sua enfermidade de Covid-19 (Sars-CoV-2) que literalmente fechou o mundo no geral, e a USP no particular, há quase dois anos (a Universidade suspendeu aulas e demais atividades presenciais em 17.3.2020). E mesmo agora, no findar de 2021, com a retomada de parte da *normalidade* e abertura parcial da biblioteca universitária, as restrições para a continuidade das pesquisas em bibliotecas privadas e públicas são tamanhas que trazem severos prejuízos às pesquisas e construção de teses e dissertações. Some-se a isso os deletérios efeitos econômicos, sociais e mentais ou psicológicos trazidos pela pandemia, posto que todos entramos forçosamente no *modo de sobrevivência*, o que demonstra a dificuldade de alunos e pesquisadores concluírem a contento o que chamo de *teses da pandemia*. Acrescente-se ainda a necessidade de dividir o tempo e esforço mental com as demandas da advocacia em diversas áreas do Direito.

Encerrado o presente trabalho, conquanto distante da envergadura e tamanho idealizados no início do empreendimento – excetuada a do Direito, somente conseguimos pesquisar na biblioteca da Faculdade de Saúde Pública (FSPUSP) antes da pandemia, não tendo sido possível o feito nas demais bibliotecas localizadas na Cidade Universitária –, face ao distanciamento social e fechamento de bibliotecas imposto pela pandemia de Covid-19, estando nós com a vida e saúde mantidas pela Providência aflora em nossa alma profundo sentimento de gratidão nesse momento histórico vivenciado.

Ao Eterno, o Deus Todo Poderoso, que nos susteve nas horas mais escuras, e a Jesus Cristo, seu Filho, por conduzir-nos pela mão, mantendo-nos a fé mesmo quando esta não passava de uma singela centelha.

Ao querido Professor Doutor Rui Geraldo Camargo Viana, que novamente nos brindou com a honra de sua generosa orientação, permitindo-nos desfrutar de suas concorridas aulas,

e mesmo durante a pandemia acolheu-nos diversas vezes em sua casa, com todos os cuidados e protocolos sanitários que a pandemia nos impôs, ofertando a este eterno aluno renovado fôlego e direção na continuidade das pesquisas, bem como na elaboração do texto de que resultou.

Aos Professores Doutores Carlos Alberto Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, e Teresa Ancona Lopez pelos ensinamentos ministrados no módulo *Código Civil Brasileiro: Avanços e Retrocessos I* e *Código Civil Brasileiro: Avanços e Retrocessos II*, que sempre representaram verdadeiro benfazejo passeio jurídico por todo o *Codex*, bem como pelas valiosas conversas germinadas de reconhecida amizade e humildade dos mestres.

À Professora Doutora Patrícia Faga Iglecias Lemos, pela oportunidade de participar de suas aulas de *Direito Privado Ambiental*, bem como pela amizade e incentivo constante na continuidade das pesquisas e estudos. Ao Professor Doutor José Fernando Simão, pelos instigantes temas debatidos no módulo de *Direito da Sucessões*, bem como pela amizade e constante aprendizado.

Ao Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Júnior, pelas monumentais aulas no módulo de *Direito Privado e Direitos Fundamentais*, a quais exigiam deste aluno intensa e redobrada atenção para alcançar a profundidade do pensamento do notório mestre. Nossa profunda gratidão, ademais, por nos acolher, como ouvinte, após encerrados os créditos de doutoramento, no módulo *Dogmática e Crítica da Jurisprudência*, ministrado juntamente com o Professor Doutor Alexandre de Moraes, professor destas Arcadas e ministro do Supremo Tribunal Federal, e com o Professor Doutor Paulo Mota Pinto, da Universidade de Coimbra, e que, após a primeira aula, na sexta-feira 13 de março de 2020, a pandemia prematuramente o curso suspendeu, e a todos nos privou de tão augusto convívio e profundo conhecimento de seus ministrantes.

Ao Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho, pelo nosso gentil acolhimento como ouvinte no pioneiro módulo *Os Direitos Civis da Pessoa com Deficiência*, ministrado no segundo semestre de 2019 e cujo resultado acadêmico tornar-se-ia em livro o primeiro semestre de 2021, com importantes temas e reflexões que amadureceram nosso pensamento na matéria.

Ao Professor Doutor Álvaro Villaça Azevedo e ao Professor Doutor Nestor Duarte pela arguição e especiais orientações por ocasião do exame de qualificação em setembro de 2019, as quais foram de extrema valia na construção do trabalho que ora se apresenta à arguição.

Nosso agradecimento especial à colega Cláudia Stein Vieira, que inicialmente escreveria sobre os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência no Direito, e, uma vez eleito outro tema para suas pesquisas, gentilmente cedeu-nos suas primeiras anotações pessoais manuscritas e alguns textos iniciais que colhera. Este ato de gentileza e solidariedade estará sempre à nossa mente.

Aos amigos com que me agraciou a Providência nos bancos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco durante esta etapa de estudos, e que nestas linhas representam todos aqueles cultivados ao logo destes anos na referida Academia, a saber, Viviane Cristina de Souza Limongi, Manuella Santos de Castro, Renato Kim Barbosa, Roberta Maria Rangel, Flávio Tartuce, Valter Farid Antonio Junior, Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad, Ali Mustafa Smaili, Bruno de Ávila Borgarelli, Marcelo Uriel Kairalla, Maurício Andere Von Bruck Lacerda, Maria Beatriz de Miranda Toledo, Felipe Rodriguez Alvarez, Filipe Antônio Marchi Levada, Fernando Speck de Souza, Alexandre Junqueira Gomide e Tauanna Gonçalves Vianna. Minha gratidão por desfrutar de tão preciosa amizade.

Aos amigos de escritório José Alexandre Amaral Carneiro e Ricardo Hasson Sayeg pelo constante incentivo na continuidade dos estudos, pela amizade fraternal, e pela incondicional compreensão pelas minhas longas ausências durante este período. Igualmente, ao amigo Dr. Henrique Nelson Calandra pelas constantes palavras de encorajamento.

À acadêmica Karoline Moraes da Silveira Boturi pelo valioso empréstimo literário. Serei eterno devedor de tamanha bondade. À estudiosa advogada Karine Lafonte Fernandes que, ao longo destes anos dividindo a mesma biblioteca, acreditou que este momento chegaria. Ao amigo Antônio Marcos de Faria pelo constante e fraternal apoio, e ao amigo Gustavo Luís da Cruz Haical pela prestatividade e torcida para que este trabalho fosse concluído.

À biblioteca da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) por mais uma vez ser de fundamental importância às pesquisas que culminaram no trabalho aqui apresentado,

sobretudo no mês de novembro de 2021, quando reaberta sem restrições temporais ou físicas, e dezembro do mesmo ano.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pela oportunidade de concluir mais uma etapa acadêmica, e aos bondosos funcionários que sempre nos atenderam com especial atenção.

À minha companheira de vida Geisa Cristina, esposa dedicada e mãe amorosa, por ser a maior incentivadora na continuidade dos estudos quando nos desvaneciam a energia e motivação durante estes duros meses de pandemia, e aos nossos filhos Enzo e Mirela, que com a pureza infantil cobravam diuturnamente a conclusão desta tese de doutoramento, que tantos meses de convívio familiar nos tolheu. Sou eterno devedor do tempo que deles foi privado, e do amor deles recebido.

Finalmente, mas não menos importante, minha gratidão aos meus pais Luiz e Josina, pelas preces incessantes, pela fé inabalável e pela confiança de que tudo vai dar certo, e às minhas irmãs Ester e Sandra, pelo constante incentivo e renovada esperança de que seríamos capazes de concluir, a contento, mais este passo acadêmico e profissional.

RESUMO

BOMFIM, Silvano Andrade do. Disfunções do sistema de incapacidades. 2021. 211 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2021.

O presente trabalho propõe-se ao estudo das disfunções no sistema das incapacidades causadas pela Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, autodenominada Lei Brasileira de Inclusão (LBI) e Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), publicada em 7.7.2015 e que entrou em vigor em 3.1.2016. Referida lei, cujo espírito pretendeu assegurar e promover a igualdade no exercício de direitos por pessoa com deficiência e afastar o tratamento discriminatório, teve como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque), internalizada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, sob o rito especial qualificado descrito no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Sem desmerecer o acerto da Lei 13.146/2015 quanto às deficiências em geral, a questão que se analisará no presente trabalho diz respeito exclusivamente aos deficientes mentais, psíquicos e intelectuais. Isso porque, alterando irrefletidamente o sistema das incapacidades criado para proteção dos incapazes, extirpou aqueles acometidos por enfermidade mental, psíquica ou intelectual do rol dos absolutamente incapazes, pretendendo torná-los todos capazes civilmente à prática de atos da vida civil, ou relativamente incapazes. Com a lei em referência houve o desaparecimento da proteção contida no Código Civil, além de outros sistemas e microsistemas que têm sua razão de existir apenas e tão somente quando considerados incapazes aqueles que padecem de deficiência mental, psíquica ou psicológica. Tratando-se de lei que altera o estado pessoal, pretende o trabalho demonstrar o desacerto desta alteração, as disfunções causadas, a desproteção trazida, e apontar solução que se amolde ao ordenamento jurídico a fim de afastar os prejuízos advindos com a Lei 13.146/2015.

Palavras-chave: capacidade civil – incapacidade absoluta – incapacidade relativa – lei brasileira de inclusão – estatuto da pessoa com deficiência – sistema das incapacidades – teoria das incapacidades

ABSTRACT

BOMFIM, Silvano Andrade do. Dysfunctions of disability system. 2021. 211 p. Thesis of Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo. 2021.

The present work proposes to study the dysfunctions in the system of disabilities caused by Law 13,146, of July 6, 2015, the self-named Brazilian Law of Inclusion (LBI) and the Statute of Persons with Disabilities (EPD), published on July 7, 2015, and which entered into force on January 3, 2016. The said law, whose spirit intended to ensure and promote equality in the exercise of rights by persons with disabilities and to avoid discriminatory treatment, was based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, its Optional Protocol (New York Convention), internalized by the Decree 6,949, of August 25, 2009, under the special qualified rite described in art. 5th, § 3rd, of the Federal Constitution. Without undermining the correctness of Law 13.146/2015 regarding disabilities in general, the issue that will be analyzed in this paper concerns exclusively the mentally, and intellectually disabled. This is because, thoughtlessly altering the system of disabilities created to protect the incapable, it removed those affected by mental, psychological, or intellectual illness from the list of the absolutely incapable, intending to make them all civilly capable of performing acts of civil life, or relatively incapable. With the law in question, there was the disappearance of the protection contained in the Civil Code, in addition to other systems and micro-systems that have their reason for existing only and only when those who suffer from mental, psychic, or psychological disabilities are considered incapable. In the case of a law that changes the personal status, the work intends to demonstrate the error of this change, the dysfunctions caused, the lack of protection, and point out a solution that conforms to the legal system in order to avoid the damages arising from Law 13.146/2015.

Keywords: civil capacity – absolute disability – relative disability – Brazilian inclusion law – statute of the person with disability – system of incapacities – theory of disabilities

RIASSUNTO

BOMFIM, Silvano Andrade do. Disfunzioni del sistema di disabilità. 2021. 211 p. Tesi di Dottorato – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo. São Paulo. 2021.

Il presente lavoro si propone di studiare le disfunzioni nel sistema delle disabilità causate dalla Legge 13.146, del 6 luglio 2015, l'omonima Legge Brasileira di Inclusione (LBI) e lo Statuto delle Persone con Disabilità (EPD), pubblicato il 7.7. 2015 ed entrato in vigore il 3 gennaio 2016. Tale legge, il cui spirito mirava a garantire e promuovere la parità nell'esercizio dei diritti delle persone con disabilità e ad evitare trattamenti discriminatori, si basava sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, suo Protocollo opzionale (Convenzione di New York), interiorizzata da il decreto 6.949, del 25 agosto 2009, secondo il rito speciale qualificato di cui all'art. 5º, § 3º, della Costituzione federale. Fermo restando la correttezza della Legge 13.146/2015 sulla disabilità in generale, la questione che verrà analizzata in questo contributo riguarda esclusivamente i disabili mentali, psichici e intellettivi. Questo perché, alterando sconsideratamente il sistema dell'invalidità creato a tutela degli incapaci, ha tolto dall'elenco degli assolutamente inabili coloro che sono affetti da malattie psichiche, psichiche o intellettive, con l'intenzione di renderli tutti civilmente capaci di compiere atti di vita civile, o relativamente incapace. Con la legge in questione è venuta meno la tutela contenuta nel codice civile, oltre ad altri sistemi e microsistemi che hanno ragione di esistere solo e solo quando si considerano coloro che soffrono di disabilità psichica, psichica o psichica. incapace. Nel caso di una legge che modifica lo stato personale, l'opera intende dimostrare l'errore di tale cambiamento, le disfunzioni causate, la mancanza di tutela, e indicare una soluzione conforme all'ordinamento giuridico al fine di evitare i danni derivanti dalla Legge 13.146/2015.

Parole chiave: capacità civile – disabilità assoluta – disabilità relativa – legge brasiliana di inclusione – statuto della persona con disabilità – sistema delle disabilità – teoria della disabilità

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO À PESSOA DO INCAPAZ	25
2.1	Notas introdutórias e esboço histórico	25
2.2	A incapacidade mental na antiguidade	28
2.3	A incapacidade mental na Grécia	29
2.4	A incapacidade mental em Esparta.....	32
2.5	A incapacidade mental no Oriente.....	32
2.6	A incapacidade mental na Europa	34
2.7	A incapacidade mental nas tribos indígenas norte-americanas	34
2.8	A incapacidade mental nas tribos africanas.....	34
2.9	A incapacidade mental no Egito	35
2.10	A incapacidade mental entre os povos muçulmanos.....	36
2.11	A incapacidade mental no Marrocos	36
2.12	A incapacidade mental entre os aborígenes australianos.....	37
2.13	A incapacidade mental na Ásia	37
2.14	A incapacidade mental na Islândia, Alemanha e Inglaterra	38
2.15	A incapacidade mental e as superstições primitivas.....	39
2.16	A incapacidade mental o acolhimento pelas igrejas.....	40
2.17	A incapacidade mental e o <i>Corpus Iuris Canonici</i>	41
2.18	A incapacidade mental na visão de Santo Tomás de Aquino.....	41
2.19	A associação entre alienação mental e possessão demoníaca	42
2.20	Torturas engenhosas no <i>tratamento</i> aos doentes mentais.....	43
2.21	O mito da ameaça do débil mental	45
2.22	Asilos e manicômios na América do Norte	46
2.23	A incapacidade mental e as Artes.....	46
3	A PESSOA, A CAPACIDADE CIVIL E O ESTADO CIVIL.....	48
3.1	A pessoa e a capacidade civil	48
3.2	A capacidade jurídica no direito romano e a noção de <i>status</i>	51
3.3	O estado da pessoa.....	52
3.3.1	O estado político	53
3.3.2	O estado individual ou físico	55
3.3.3	O estado familiar.....	56
3.4	A regulação do estado da pessoa	59
3.5	Características do estado da pessoa	59
3.6	As ações de estado.....	62

3.7 A prova do estado civil.....	63
4 A INCAPACIDADE MENTAL E A EVOLUÇÃO PROTETIVA	66
4.2 As diversas expressões para a incapacidade mental.....	68
4.3 A curatela do incapaz na Lei da XII Tábuas	70
4.4 A experiência da França: do trancamento à libertação dos dementes	72
4.5 A experiência brasileira desde as Ordenações do Reino de Portugal.....	77
4.6 Os incapazes mentais nas Ordenações.....	78
4.7 O surgimento dos asilos manicomiais no Brasil Império e a evolução legislativa.....	80
4.8 O surgimento da expressão "loucos de todo o gênero"	89
4.9 Os incapazes mentais nos projetos de código civil.....	91
4.10 O êxito do projeto de Clóvis Beviláqua.....	98
5 A PROTEÇÃO DO INCAPAZ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	101
5.1 O incapaz no Código Civil de 1916.....	101
5.2 A teoria das incapacidades no Código Civil de 1916.....	102
5.3 Institutos protetivos ao incapaz: tutela e curatela.....	105
5.4 Outras regras de proteção ao incapaz	111
5.5 O advento do Código Civil de 2002	118
5.6 A capacidade civil no Código Civil de 2002	120
5.7 Outras disposições protetivas	126
6 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS DISFUNÇÕES DA CAPACIDADE CIVIL.....	137
6.1 O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência	137
6.2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	142
6.3 Disfunções do sistema das incapacidades	146
6.4 A curatela após Estatuto da Pessoa com Deficiência	151
6.5 A Tomada de Decisão Apoiada	153
6.6 A tomada de decisão apoiada e a capacidade de testar.....	155
6.7 O Projeto de Lei 757/2015	167
6.8 A <i>exceção de Gabba</i> : a não aplicação imediata da lei de estado prejudicial	174
7 CONCLUSÃO.....	189
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015,¹ também chamada Lei Brasileira de Inclusão, ou ainda, Estatuto da Pessoa com Deficiência, e que entrou em vigor em janeiro de 2016, houve verdadeiro abalo no sistema jurídico protetivo conferido às pessoas incapazes de discernimento, agora tornadas capazes, ou, por outras palavras, o sistema das capacidades sofreu duro golpe e, à guisa de conferir igualdade e dignidade humana aos deficientes psíquicos, mentais e intelectuais acarretou considerável desproteção não apenas no campo do direito civil, berço e origem da capacidade civil – esta que é verdadeira espinha dorsal do direito privado desde tempos imemoriais –, mas em todos os demais ramos do direito, posto que o ordenamento jurídico não pode dissociar-se da matriz da capacidade das pessoas, cujo nascedouro encontra-se na seara civil, pois, como aduz Caeiro da Matta,² o direito civil ou direito privado comum tem a capacidade civil ou direito de personalidade como uma das instituições fundamentais, ao lado da família, dos contratos, da propriedade e das sucessões.

A Lei 13.146/2015, uma vez tratar do estado e da capacidade das pessoas é, por tal razão, chamada na doutrina de *lei retroativa*, conforme lição de Carlo Francesco Gabba,³ e possui aplicação imediata, ou seja, os outrora *absolutamente incapazes* tornaram-se *capazes*. Não se deve descurar das palavras de Carlos Maximiliano, segundo o qual "[t]oda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições".⁴ A interpretação da lei, conforme o renomado doutrinador, é tarefa difícil, sendo que o exame do texto tem em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral, e, através do processo de interpretação determina-se o *alcance* da norma jurídica. O Direito, aduz, é ciência de raciocínio.

¹ A Lei 13.146/2015 é decorrente do Projeto de Lei de iniciativa do Senado (PLS) 6/2003, de autoria do Senador Paulo Paim (PT/RS), tendo sido objeto de revisão na Câmara do Deputados, na qual tramitou como Projeto de Lei (PL) 7.699/2006.

² MATTA, José Caeiro da. Direito civil português: parte geral. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1907. p. 30.

³ GABBA, Carlo Francesco. Teoria della Relatività delle leggi. v. 2. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1884. p. 12. Segundo o autor, "[c]he le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone debbano, come già dicemmo (v. sopra p. 5, 6), applicarsi immediatamente a tutte le persone che si trovano nelle condizioni contemplate da esse leggi, e non soltanto a quelle che entreranno in tali condizioni in avvenire, è pure canone accettato universalmente dai giureconsulti. In tal senso, e non altro, quelle leggi si possono anche dire, e sogliono infatti venir chiamale, e noi pure le chiameremo *retroattive*."

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020. ns. 14 e 355. p. 9 e 247.

Cumpra desde logo esclarecer que, muito embora referida lei tenha trazido regras referentes às deficiências de toda ordem, ao presente trabalho interessa estudar tão somente o tratamento conferido aos portadores de deficiência psíquica, mental ou intelectual, objeto da controvérsia jurídica em razão da profunda alteração que acarretou no direito pátrio, controvérsia essa que continua a intrigar os operadores do direito mesmo às portas de completar seis anos do aparecimento da lei especial, sobretudo diante do aumento exponencial da demência no Brasil, cujo número de enfermos aumentou 127% nos últimos trinta anos.⁵

Referido diploma, em cuja ementa se apresenta como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), ou ainda, como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), foi por muitos aclamada como promotora do fim da desigualdade e discriminação, enquanto outros desde logo apontaram as incongruências decorrentes da falta de cuidado do legislador, e, por conseguinte, a grave desproteção daqueles que tentou proteger, sendo chamada acertadamente por José Fernando Simão como "Estatuto do Retrocesso em termos civis".⁶

Reconhecemos que, à primeira leitura da citada lei em confronto com as regras de direito vigentes no ordenamento jurídico pátrio, pareceu-nos possível afirmar seu caráter inconstitucional,⁷ ainda que parcialmente quanto aos arts. 84 e 114, diante da flagrante

⁵ FETER, Natan. et al. Quem são as pessoas com Doença de Alzheimer no Brasil? Resultados do Estudo Longitudinal da Saúde dos Idosos Brasileiros (ELSI-Brasil). In: Revista Brasileira de Epidemiologia. v. 24. 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/rbepid/a/Gj8VfsHw7hZ4z7LhcFcn6DH/?format=pdf&lang=en>>. Acesso em 14 nov. 2021. O estudo referido mereceu até mesmo ampla atenção jornalística, conforme: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/04/14/proporcao-de-brasileiros-com-demencia-mais-que-dobra-em-30-anos.htm>>. Acesso em em 14 nov. 2021. Pesquisadores da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo já haviam concluído que o aumento do envelhecimento populacional no Brasil representaria, igualmente, aumento da prevalência da demência entre a população idosa. Conforme: BOFF, M. S.; SEKYIA, F. S.; BOTTINO, C. M. de C. Revisão sistemática sobre prevalência de demência entre a população brasileira. In: Revista de Medicina. v. 94. N. 3 (2015). p. 154-161. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108745/107179>>. Acesso em 14 nov. 2021.

⁶ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil da pessoa com deficiência: o estatuto do retrocesso em termos civis. In: Liber amicorum Teresa Ancona Lopez: estudos sobre responsabilidade civil. Coords. José Fernando Simão e Tiago Pavinato. São Paulo: Almedina. 2021. p. 421-437.

⁷ Mesmo no âmbito do poder judiciário houve – e ainda há – decisões que declararam a inconstitucionalidade parcial do estatuto da pessoa com deficiência – sobretudo o art. 114, no que diz respeito à alteração promovida nos arts. 3º e 4º do código civil relativamente à clássica teoria das incapacidades –, conquanto em sede recursal tenha havido afastamento de tal entendimento. Confira-se, por exemplo: TJSP, Apelação 1003765-94.2015.8.26.0564, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Lazzarini, votação unânime, j. 14.3.2017, DJe 5.6.2017, sendo esta a ementa: "AÇÃO DE INTERDIÇÃO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 114, DA LEI Nº 13.146/15. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INTERDIÇÃO ABSOLUTA. REFORMA DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO DA LEI À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. STATUS CONSTITUCIONAL. INCAPACIDADE RELATIVA. ART. 4º, III, CC. ATUAÇÃO DA CURADORA QUANTO AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. 1. A sentença declarou, incidentalmente, a

violação ao princípio do não retrocesso social decorrente do equívoco de tratamento paritário conferido, especificamente, à deficiência mental, psíquica ou intelectual, e a impertinente alteração nos arts. 3º e 4º do Código Civil pelo do estatuto, como se verificou e se verifica em diversos julgados, ainda que reformados em grau recursal.⁸ Isso porque inclusão social e

inconstitucionalidade parcial do art. 114, da Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e decretou a interdição absoluta da apelada. 2. Recurso do Ministério Público. Hipótese de provimento. 3. A Lei nº 13.146/15, no que tange ao estabelecimento da incapacidade relativa para os portadores de deficiência, está em conformidade com a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, e com status equivalente ao de emenda constitucional (art. 5º, §3º, CF). 4. Interditanda tem 91 anos, é portadora de doença mental, de prognóstico incurável, e não exprime nenhum pensamento, nem vontade. 5. Reforma da r. sentença para afastar a declaração incidental de inconstitucionalidade, decretar a interdição nos termos do art. 114, da Lei nº 13.146/15 e do art. 4º, III, CC, bem como para manter a nomeação da curadora, que poderá praticar os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme art. 85, da Lei nº 13.146/15. 6. Apelação do Ministério Público provida." A interditanda, todavia, faleceu no dia seguinte à publicação do Acórdão. Registre-se que mesmo na atualidade o mesmo tribunal depara-se com declaração incidental de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, com podemos conferir: TJSP, Apelação 1008187-07.2018.8.26.0565, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Edson Luiz de Queiroz, votação unânime, j. 28.10.2021. É esta a ementa: Apelação cível. Interdição. Genitora idosa (atuais 86 anos). Anomalia mental incurável (Alzheimer). Sentença de procedência, com declaração incidental da inconstitucionalidade parcial do artigo 114, da Lei n.º 13.146/2015, no que tange às alterações feitas nos artigos 3.º e 4.º do Código Civil e decreto de interdição absoluta. Irresignação do Ministério Público para afastar decisão de interdição total. Pedido subsidiário remessa autos ao C. Órgão Especial (Cláusula de Reserva de Plenário). Mérito. Constitucionalidade do referido texto legal. Não há violação a direitos ou a prerrogativas da pessoa natural. Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) está de acordo com a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, com status equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, CF. Aplicação da Lei nº 13.146/15. Incapacidade relativa. Curatela adstrita a atos de natureza negocial ou patrimonial. Decisão reformada. Prejudicado pedido subsidiário. Resultado. Recurso provido." Ainda no mesmo sentido, afastando-se em grau recursal sentença que declarava incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 114 do EPD, com declaração de incapacidade absoluta do interditando, diagnosticado com Doença de Parkinson (CID 10 G20) e Doença de Alzheimer (CID 10 G30): TJSP, Apelação 1007966-58.2017.8.26.0565, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marcus Vinícius Rios Gonçalves, votação unânime. j. 25.10.2021. Ainda: TJSP, Apelação 1005914-55.2018.8.26.0565, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, votação unânime. j. 15.10.2021. Em todos esses casos tratava-se de sentenças proferidas na Comarca de São Caetano do Sul. Em outra Apelação, desta vez proveniente da comarca de Marília, asseverou o Tribunal que "o fato de não considerar inconstitucional o mencionado Estatuto da Pessoa Com Deficiência, não obsta a adequação de seus dispositivos para cada caso concreto, em face da situação do interditado", caso em que, mesmo aplicando-se a nova lei para reconhecer a capacidade relativa, uma vez verificada a incapacidade total para prática dos atos da vida determina-se o acompanhamento pelo curador em todos os atos necessários à manutenção do interditado, como lemos na ementa: "AÇÃO DE INTERDIÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECONHECIDA A INCAPACIDADE DO INTERDITADO DE PRATICAR ATOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL SEM O CURADOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE PRETENDE A DECLARAÇÃO DE INCAPACIDADE PARA A PRÁTICA DE TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL. PARCIAL PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PORÉM, DIANTE DA SITUAÇÃO ESPECÍFICA DO INTERDITADO, DEVE SER DETERMINADO O ACOMPANHAMENTO, PELO CURADOR, NOS ATOS NECESSÁRIOS À MANUTENÇÃO DO INTERDITADO, COMO CONTRATAÇÕES MÉDICAS, AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS, ETC. INCAPACIDADE PARA EXPRESSAR VONTADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA." (TJSP, Apelação 1003461-42.2016.8.26.0344, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Lazzarini, votação unânime. j. 25.7.2017. DJe 14.8.2017). No mesmo sentido, confira-se: TJSP, Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Podestá, votação unânime. j. 27.6.2017, DJe 7.7.2017.

⁸ Confira-se: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O entendimento jurisprudencial do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Revista Consultor Jurídico. Edição de 30 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-30/direito-civil-atual-entendimento-jurisprudencial-estatuto-pessoa-deficiencia>>. Acesso em 5 nov. 2017.

cidadania, objetivos máximos da lei, tal como enuncia seu art. 1º, não se alcançam com desproteção jurídica do incapaz mental, psíquico ou intelectual,⁹ na contramão de milenares institutos, como ocorreu na espécie, merecendo reflexão o ensino de Álvaro Villaça Azevedo para quem a situação de inaptidão para manifestação da vontade não pode ser "revogada" por lei, por ser fato da natureza, inalterado pela vontade do legislador.¹⁰

Após detido estudo, e, sobretudo, após valiosas arguições, admoestações e sugestões que fez a banca de qualificação composta pelos eminentes Professores Rui Geraldo Camargo Viana, Álvaro Villaça Azevedo e Nestor Duarte, às portas do findar do segundo semestre de 2019, o presente trabalho recebeu o título que ostenta, migrando da discussão de inconstitucionalidade para a disfuncionalidade do sistema de incapacidades perpetrada pela novel legislação.

Dispôs o *caput* do art. 2º da referida lei que "[c]onsidera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas". Conforme destacado acima, a deficiência física ou sensorial não será objeto das reflexões deste estudo, por inexistir relevante alteração no ordenamento jurídico quanto tais deficiências, haja vista que diversas leis ordinárias, decretos e demais textos normativos, na esteira do princípio constitucional de igualdade (CF/1988, art. 5º, *caput*) e irradiados a partir do fundamento constitucional republicano da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), já garantiam – ao menos no plano normativo – concretude à Carta Maior, seja nas questões relativas à acessibilidade, à mobilidade, ao trabalho, à assistência social, e até mesmo às questões tributárias e previdenciárias.¹¹

Assim, ações afirmativas estatais no âmbito das deficiências físicas e sensoriais, portanto, já mostravam importante avanço na sociedade brasileira, de forma que o advento da Lei 13.146/2015 procurou ampliar ainda mais a proteção jurídica existente, mas não causou,

⁹ Sobre a evolução da proteção do incapaz, confira-se, por exemplo: DUARTE, Nestor. Proteção jurídica dos bens de incapazes. Tese de doutorado. Orientador: Yussef Said Cahali. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. O autor, discorrendo sobre o Código Civil de 1916, afirma (p. 45) ser "inegável que o Código é pródigo em normas de proteção à pessoa e aos bens de incapazes", fazendo, inclusive, análise do Projeto de Lei 634-B/1975, o qual veio a tornar-se o Código Civil de 2002. Discorre o autor sobre a curatela à p. 90-102.

¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 37 e 39.

¹¹ Confira-se, por exemplo, a Lei Federal 8.213/1991; Lei Federal 8.989/1995; Lei Federal 10.048/2000; Lei Federal 10.098/2000; Decreto Federal 5.296/2004; Decreto Federal 5.396/2004; Decreto Federal 3.298/1999, entre outros diplomas normativos.

no ponto, revolução, involução ou evolução que mereça mais aprofundada análise do que aquela obtida com a simples leitura dos dispositivos da referida lei, o que inócorre quanto ao tratamento relativo à deficiência mental, psíquica ou intelectual da forma como contido na lei em comento, pois nesta senda sim houve significativa alteração que colocou em grave risco de existência todo avanço jurídico em torno do tema.

Estabelece o *caput* do art. 6º da Lei 13.146/2015 que "[a] deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa",¹² enquanto o *caput* do art. 84 da lei, por sua vez, estatui que "[a] pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao livre exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas",¹³ deixando cristalino o objetivo de fazer extinguir toda e qualquer distinção entre pessoas incapazes e capazes civilmente para a prática dos atos da vida civil, de maneira que os §§ 1º a 4º, do art. 84, tornaram a curatela dos incapazes mentais medida excepcional e criaram a figura da tomada de decisão apoiada, sendo que o art. 116 do Estatuto fez acrescentar ao Código Civil o art. 1.783-A, com diversos parágrafos, a fim de reger esta nova modalidade de apoio da pessoa com deficiência mental, psíquica ou intelectual.

Nessa esteira, o art. 114 da Lei 13.146/2015 alterou diversos dispositivos do Código Civil, entre os quais os art. 3º do *Codex*, o qual passou a estabelecer que "[s]ão absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos", revogando-se os incisos I, II e III, com o que o inciso I, relativo aos menores de dezesseis anos, passou a integrar o *caput*, e as situações contidas nos incisos II e III, relativas aos que por enfermidade ou deficiência mental não tenham necessário discernimento para a prática desses atos, bem como daqueles que mesmo por causa transitória não possam exprimir sua vontade, foram extirpadas do ordenamento civil. Igualmente, a lei em comento alterou o art. 4º do *Codex*, que trata da incapacidade relativa, dando nova redação aos incisos II, III e

¹² É esta a redação do art. 6º, da Lei 13.146/2015: "Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas".

¹³ É esta a redação do art. 8º, da Lei 13.146/2015: "Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano".

parágrafo único, interessando-nos ao presente estudo o fato de que excluiu-se do rol dos relativamente incapazes os que "por deficiência mental tenham o discernimento reduzido", bem como "os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo", restando em seu lugar, como relativamente incapazes, "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade", conforme se depreende do inciso III vigente.

Cerca de quatro meses antes do advento da Lei 13.146/2015 houve a promulgação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no dia imediato, que instituiu o atual Código de Processo Civil, sendo que o art. 1.045 do novel diploma processual determinou sua entrada em vigor após o decurso de um ano da publicação no diário oficial, ou seja, a partir de março de 2016, enquanto a Lei 13.146/2015 entraria em vigor em janeiro de 2016, como de fato em vigor entrou, com regramentos em determinados pontos conflitantes com a lei processual. Com efeito, manteve o novo Código de Processo Civil, espalhadas em seus dispositivos, diversas regras com supedâneo no conceito clássico de capacidade, como veremos no presente trabalho, sendo certo que a desconexão na tramitação de ambas as leis trouxe confusão e prejuízo à ciência do direito e à sociedade em geral, relegando à doutrina e à jurisprudência a acomodação dos conflitos bem como a suplantação dos graves equívocos ocasionados pelo novo estatuto.

É de observar que antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.146/2015 houve o nascedouro do Projeto de Lei do Senado (PLS) 757/2015, de autoria dos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB/SE) e Paulo Paim (PT/RS), cujo texto revisado foi aprovado no final de 2018 e remetido à Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei (PL) 11.091/2018, o qual teve parecer pela aprovação na Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CPD) e aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), antes da votação pelo plenário e da conseguinte sanção presidencial, sendo desiderato do projeto de lei o alinhamento do Estatuto da Pessoa com Deficiência com o Código Civil e o Código de Processo Civil, bem como com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os quais foram ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, em conformidade com o rito previsto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, e que desde 31/08/2008 entrou em vigor no Brasil, no plano jurídico externo, tendo sido promulgada pelo Decreto 6.949, de 25/08/2009, data de início de sua vigência no plano interno.

O direito civil, segundo lição de Emidio Pacifici-Mazzoni,¹⁴ possui três objetos, a saber, as pessoas, os bens e os modos pelos quais as pessoas podem adquirir e transmitir a outros os bens. O presente trabalho tem por escopo debruçar-se sobre a pessoa e o arcabouço jurídico construído com vistas à proteção do incapaz, as profundas alterações havidas na seara da capacidade civil em decorrência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e, ainda, a necessidade de correção das disfunções que causou a novel legislação, e, quando necessário ou pertinente, haveremos de tecer breves comentários sobre os reflexos jurídicos relativamente aos demais objetos do direito civil.

Dessa forma, o presente estudo tem por escopo a análise do tratamento jurídico decorrente da Lei 13.146/2015 relativamente à capacidade civil na seara da deficiência mental, psíquica ou intelectual e da incapacidade transitória ou permanente de expressão da vontade e discernimento, o que, de igual forma, reflete diretamente nos atos da vida civil. Para tanto, analisaremos inicialmente o tratamento conferido aos doentes ou deficientes mentais nos mais diversos povos ao longo dos séculos, demonstrando a evolução por que passou a sociedade mundial, bem como a evolução nacional quanto ao tema, fruto da influência européia, até chegar no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, os quais trouxeram amplo espectro protetivo nesta seara.

Com isso, ao chegarmos no estado atual do ordenamento jurídico pátrio procuraremos enfrentar as graves disfunções do sistema das incapacidades geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência oferecendo a solução que nos parece mais acertada, resgatando, para tanto, o que chamamos de *exceção de Gabba* para preservar a proteção abolida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que inadvertidamente desprotegeu aqueles que pretendeu proteger. Uma vez que a aplicação das lições de Carlo Francesco Gabba, segundo pensamos, aplica-se às situações de deficiência ou enfermidade mental, psíquica ou intelectual manifestadas até a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, faz-se mister também abordar a questão daqueles que, acometidos por deficiência ou deficiência mental após sua entrada em vigor, cuja solução acreditamos encontrar-se na aplicação de princípios constitucionais consagrados no sistema jurídico pátrio.

Após intenso esforço, inobstante as severas restrições às pesquisas que nos impôs a pandemia de Covid-19, oferecemos a presente tese de doutoramento à apreciação desta

¹⁴ PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano. v. 1. Firenze: Tipografia e Litografia Pellas, Editore. 1867. p. 117.

augusta banca a fim de que pela sabedoria e experiência dos doutos possa este empreendimento ser arguido, admoestado e aprimorado, esperando-se seja útil à comunidade jurídica e à sociedade.

2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO À PESSOA DO INCAPAZ

2.1 Notas introdutórias e esboço histórico

Desde os primórdios da humanidade tem especial relevo a questão atinente à capacidade e incapacidade das pessoas, compreensão que foi desenvolvida ao longo das eras, afinal, como aduz Tobias Barreto de Menezes,¹⁵ "[o] homem é um ser *histórico*, o que vale dizer, que ele é um ser que se *desenvolve*". Alguns defendem, como Luigi Anfosso,¹⁶ que o progresso da civilização – ou, em outras palavras, o desenvolvimento do homem – traz consigo o progresso da loucura, e que o aumento da evolução humana estaria intimamente ligado – ou levaria, como consequência – ao aumento da alienação mental¹⁷ diante da vulnerabilidade cerebral maior a que estaria sujeita a sociedade, o que à luz da ciência não parece defensável, haja vista a complexidade do corpo humano no geral, e do cérebro no particular, conforme inúmeros tratados científicos demonstraram sobretudo a partir do século XVIII,¹⁸ o que ensejou mudança nos paradigmas sociais, científicos e legislativos até então existentes e cujos reflexos são verificados mesmo hodiernamente.

¹⁵ MENEZES, Tobias Barreto de. Menores e loucos em direito criminal. 2. ed. Recife: Typographia Central. 1886. p. ix. (ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal. 2003).

¹⁶ ANFOSSO, Luigi. La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1907. p. 3. No original: "Il progredire della civiltà porta con sé il progredire della pazzia perchè di fianco all'evoluzione procede pure la dissoluzione, perchè l'aumentato benessere fa maggiormente sentire il dolore in ogni sua forma ed infine perchè il cervello, come ogni organo, coll'aumento della sua funzionalità acquista anche una maggior vulnerabilità. Finché il lavoro intellettuale fu riservato a pochi eletti la pazzia fu un male solo eccezionale che non meritava alcuna cura, d'altra parte molti e molti casi di vera pazzia venivano assorbiti o dalla stregoneria o dalla delinquenza o dall'ascetismo; molti casi di pazzia infine passavano nel contingente delle malattie acute e così tra delinquenti e santi, tra folli e stregoni l'umanità viveva nella dolce illusione di essere sana di mente. Ma quando il pensiero cominciò ad evolversi, quando l'umanità, sciolti i lacci medioevali che la condannavano all'immobilità, cominciò a rendere più intenso il suo lavoro cerebrale, non tardarono a manifestarsi più spiccatamente i sintomi delle malattie mentali, e conseguentemente sorse la necessità di provvedere alla segregazione ed alla cura degli alienati. Non ignoriamo che il Tanzi nella recente sua opera: Le malattie mentali, combatte quest'opinione dell'influenza della civiltà sul'aumento della pazzia, ma confessiamo che i suoi argomenti non ci hanno persuaso, perchè li troviamo contraddetti dal parallelismo manifesto del progresso colla pazzia, come meglio vedremo in avanti."

¹⁷ De acordo com o dicionário prático de direito, "a alienação mental consiste na ausência ou alteração da razão ou do discernimento". Cf.: GRIOLET, Gaston; VERGÉ, Charles; KOEHLER. Dictionnaire pratique de droit. Paris: Dalloz. 1909. v. 1. Verb. *Interdiction*. p. 786.

¹⁸ Confira-se, por exemplo, na Itália: CHIARUGI, Vincenzo. Della pazzia in genere e in specie: trattato medico-analitico. v. 1. Firenze: Luigi Carlieri Ed. 1793. CHIARUGI, Vincenzo. Della pazzia in genere e in specie:

Outros, porém, como Cesare Lombroso,¹⁹ apontam a interligação entre a genialidade e a loucura, vez que existem *loucos de talento* e *gênios alienados*, e, aduz o autor, aqueles que pensam haver na loucura menor potência intelectual incorrem em grave erro, enquanto esta mesma loucura neles se exalta de uma maneira singular, como a história demonstra na vida de inúmeros homens talentosos nas mais diversas áreas do conhecimento, declinando o autor

trattato medico-analitico. v. 2 e v. 3. Firenze: Luigi Carlieri Ed. 1794. SECONDO, Laura. La legislazione e le malattie mentali: saggio. Torino: Tipografia G. Favale e Comp. 1867. TANZI, Eugenio. Trattato delle malattie mentali. Milano: Società Editrice Libreria. 1905. Confira-se, por exemplo, na França: PINEL, Philippe. *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*. 2. ed. Paris: J. Ant. Brosson, Libraire. 1809. PINEL, Philippe. *A treatise on insanity*. Sheffield, England: W. Todd. 1806. PINEL, Philippe. *La médecine clinique rendue plus précise et plus exacte par l'application de l'analyse, ou recueil et résultat d'observations sur les maladies aiguës, faites à la Salpêtrière*. 2. ed. Paris: J. Ant. Brosson, Libraire. 1804. PINEL, Philippe. *Mémoire sur la manie périodique ou intermittente*. Paris: L'Imprimerie de Crapelet: chez Maradan, Libraire. 1802. PINEL, Philippe. *Nosographie philosophique: methode medicine*. Paris: de L'Imprimerie de Crapelet: chez Maradan, Libraire. v. 1. 1797. v. 1. 5. ed. 1813. v. 2. 6. ed. 1818. v. 3. 6. ed. 1818. ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. *Des maladies mentales considérées sous rapports médical, hygiénique et médico-legal*. v. 1 e v. 2. Paris: J. B. Baillière. 1838. CHARCOT, Jean-Martin. *Oeuvres complètes de J. M. Charcot: leçons sur les maladies du système nerveux recueillies et publiées par Bourneville*. v. 1. Paris: Louis Bataille Éditeur. 1892. CHARCOT, Jean-Martin. *Clinical lectures on diseases of the nervous system delivered at the infirmary of la Salpêtrière*. Trad. Thomas Savill. v. 3. London: The New Sydenham Society. 1889. Confira-se, por exemplo, na Alemanha: KRAFFT-EBING, Richard von. *Trattato clinico pratico delle malattie mentali*. v. 1. Traduzione dei dottori Silvio Tonnini e Giuseppe Amadei. Torino: Fratelli Bocca Librai di S. M. 1885. KRAFFT-EBING, Richard von. *Trattato clinico pratico delle malattie mentali*. v. 2. Traduzione dei dottori Silvio Tonnini e Giuseppe Amadei. Torino: Fratelli Bocca Librai di S. M. 1886. KRAFFT-EBING, Richard von. *La responsabilità criminale e la capacità civile*. Traduzione del Prof. A. Raffaele. Napoli: Carlo La Cava Editore. 1866. KRAFFT-EBING, Richard von. *Psychopathia sexualis*. Traduit sur la huitième édition allemande par Émile Laurent et Sigismond Csapo. Paris: Georges Carré, Éditeur. 1895. Do mesmo autor, na edição inglesa, confira-se: KRAFFT-EBING, Richard von. *Text-book of insanity*. Translation from the last german edition by Charles Gilbert Chaddock, with an introduction by Frederick Peterson. Philadelphia: F. A. Davis Company, Publishers. 1905. KRAFFT-EBING, Richard von. *Psychopathia sexualis*. Authorized translation of the seventh enlarged and revised german edition by Charles Gilbert Chaddock. Philadelphia: The F. A. Davis Co., Publishers. 1893. Nesta obra o autor trata dos distúrbios mentais e manifestação sexual no capítulo IV, à p. 358 e seguintes. Este candidato compulsou detidamente todas estas clássicas obras médicas estrangeiras; todavia, tratando-se de tese de doutoramento em direito civil, entendemos por bem não ingressar na seara médica das doenças mentais, fazendo menção a alguns dos referidos autores quando necessário à construção do pensamento jurídico.

¹⁹ LOMBROSO, Cesare. *Genio e follia*. 2. ed. Milano: Gaetano Brigola, Editore. 1872. p. 58. No original: "[d]'altra parte coloro che opinano venir meno nei folli la potenza intelletiva, versano in grave errore, mentre, anzi, questa spesso si esalta in essi ed in singolare maniera". Segundo o autor, "[e]d infatti, moltissimi degli uomini d'ingegno ebbero parenti o figliuoli epilettici, idioti o maniaci", elencando em sua obra diversos personagens na história remota e próxima que se enquadravam na sua afirmação. A citação encontra-se à p. 6. Lombroso conclui a segunda edição de sua obra afirmando, à p. 118-9, que existe entre a fisiologia do homem genial e a patologia do alienado não poucos pontos de coincidência. Existem loucos geniais e gênios alienados. Como lemos no original: "[c]oncludiamo: V'hanno tra la fisiologia dell'uomo di genio e la patologia dell'alienato non pochi punti di coincidenza. — V'hanno pazzi di genio e geni alienati. — Ma v'hanno e v'ebbero moltissimi geni, che, meno qualche anomalia della sensibilità, giammai patirono d'alienazione. — Anzi, quasi tutti i geni alienati hanno caratteri loro proprí e speciali. Intanto con queste analogie e coincidenze tra i fenomeni degli uni e degli altri, pare abbia voluto apprenderci la natura a rispettare quella somma dello umane sventure, ch'è la follia; ed a non lasciarci, d'altra parte, abbagliare dalla luminosa parvenza dei geni, che invece di elevarsi sulla gigantesca orbita delle sfere, potrebbero, povero e perdute stelle cadenti, affondarsi entro la cortecchia della terra, fra precipizi ed errori." Ou seja, a natureza impõe que aprendamos a respeitar a soma de desgraças humanas que é a loucura, e não nos deixar deslumbrar com a aparência luminosa dos gênios. A quarta edição da obra, a qual igualmente compulsamos após as anotações acima, datada de 1882 e impressa em Turim, foi consideravelmente aumentada, passando a ter mais que o dobro do tamanho inicial – enquanto a edição de 1872 possui 122 páginas, a edição de 1882 possui 351 páginas –, permanecendo, todavia, as citações retro mencionadas.

uma lista considerável de personagens que, conquanto geniais, possuíam certa dose de loucura, ou tinham em casa proximidade com ela, sendo que alguns somente produziam suas magníficas obras quando estavam sob sua influência.

Apesar do avanço por que passou, a sociedade hodierna vive dias de confronto com o passado, revisitando sua história, estatutos e institutos em cujas bases fora estabelecida, movimento que não se restringe apenas à sociedade brasileira,²⁰ mas atinge mesmo a mundial.²¹ Nesse enfrentamento social, que muito se assemelha a um olhar no espelho por aquele que não aprecia o que vê refletido, a coletividade muda, por vezes, as balizas estabelecidas, recentes ou imemoriais. Este parece-nos ser o quadro quando o assunto é a capacidade ou a incapacidade civil da pessoa, conceitos firmados desde a antiguidade não como forma de discriminação, exclusão ou aviltamento do ser humano acometido por enfermidade ou limitação de ordem mental, psíquica ou intelectual, mas como forma de proteção, de preservação da pessoa do enfermo, de seu patrimônio e de sua família. Por outras palavras, a ausência de discernimento mental era causa de proteção, não de rejeição ou

²⁰ A Lei Municipal 16.525, de 25 de julho de 2016, da cidade de São Paulo, publicada na primeira página do Diário Oficial de 26/07/2016, originada do Projeto de Lei 288/2014, que alterou a denominação do Elevado Presidente Costa e Silva para Elevado Presidente João Goulart, importante via de ligação leste-oeste da cidade, pelo fato de ostentar o nome de marechal brasileiro integrante do regime militar, é apenas dos exemplos da tentativa de reconstrução e afastamento histórico de fatos que a sociedade, ou parte dela, entendem ignominiosos. Referida lei, que revogou o Decreto Municipal 8.574, de 19 de dezembro de 1969 – a qual, nos "considerandos" afirmara que o Marechal Arthur da Costa e Silva "dignificou o Brasil como cidadão, militar e homem público" –, fazia parte de um programa da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania que pretendeu alterar o nome de mais de quarenta vias da cidade de São Paulo que homenageiam ou homenageavam pessoas que tiveram algum vínculo com o regime militar e a repressão por ela imposta ao povo brasileiro no período ditatorial, em outras palavras, pessoas que por ação ou omissão contribuíram para a ocorrência de graves violações de direitos humanos. Confira-se a lei em: <<http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipId=7K7611N43GKA4e5AN4SD8RN F4CJ>>. Acesso em 14 nov. 2021. A justificativa da proposta, segundo o vereador proponente, encerra-se da seguinte forma: "Por todo o exposto, propõe-se o enquadramento da presente propositura no inciso III do artigo 5º da Lei 14.454 de 2007, uma vez que se trata o homenageado atual, de um ditador, responsável pelo ordenamento de inúmeros crimes contra a nação." Confira-se o inteiro teor da justificativa apresentada junto com o PL 288/2014 no Diário Oficial de 06/06/2014, p. 117. Disponível em: <<http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipId=CBFOGPA4A7JJ0eC78MD5JATI JES>>. Acesso em 14 nov. 2021. Confira-se ainda: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/07/lei-que-muda-nome-do-minhao-para-elevado-joao-goulart-e-sancionada.html>>. Acesso em 14 nov. 2021. O art. 5º da Lei Municipal 14.454/2007, com a redação conferida pelas Leis 15.717/2013 e 17.098/2019 dispõe sobre as hipóteses de alteração de denominação de vias e logradouros públicos municipais. A Lei Municipal 16.524, de 25 de julho de 2016, publicada na mesma edição do Diário Oficial de 26/07/2016, também alterou nome de outra avenida paulistana pelo mesmo motivo. O Relatório da Comissão Nacional da Verdade recomendou a cassação de honrarias e a revogação de atos normativos que tenham concedido homenagens a autores as graves violações de direitos humanos por ela apuradas, conforme se verifica das Conclusões e Recomendações (notadamente a de número 28), contida no capítulo 18 do vol. 1, p. 974. Confira-se o volumoso relatório final da referida comissão em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em 14 nov. 2021.

²¹ Veja-se, por exemplo, o debate que ocorre em vários países relativamente ao racismo, colonialismo, sexismo, entre outros temas que até alguns anos atrás não se imaginava fossem remexidos, com até mesmo destruição de marcos públicos e estátuas de personagens históricas ao entedimento de afronta ao pensamento atual.

abandono social, e, menos ainda, de tratamento degradante ou cruel. O tratamento cruel e desumano somente viria a aparecer posteriormente.

2.2 A incapacidade mental na antiguidade

George Ives,²² em monografia sobre os métodos penais da idade média quanto aos criminosos, bruxas e lunáticos,²³ afirma, no capítulo destinado ao tratamento dos insanos,²⁴ que no antigo Egito, pelo Templo de Saturno, na Grécia clássica com a *Asclepieia* – que eram centros de cura na Grécia, considerados como os primeiros hospitais da humanidade, de honra e louvor a *Asclepius* ou *Asclepios*,²⁵ o protetor da arte da medicina, estabelecidos no século V em muitas regiões da Grécia, pelos quais os asclepiadas ligavam sua origem ao deus Esculápio, e constituíam uma casta sacerdotal que ia transmitindo, de geração em geração, os segredos da arte da medicina²⁶ –, e pelas leis de Roma pagã, os mentalmente afligidos eram tratados com humanidade, sendo que, embora sem o auxílio da nossa ciência atual, eram tratados ao menos sob os mesmos amplos princípios que adotamos hoje.

Philippe Pinel preleciona que nas duas extremidades do Egito, que era populoso e próspero, havia templos dedicados a Saturno onde eram reunidas multidões de monomaniacos de maneira que os sacerdotes procuravam a cura miraculosa por todos os

²² IVES, George. Penal methods of the middle ages: criminals, witches, lunatics. Edinburgh: R & R Clark. 1910. p. 142.

²³ O autor utiliza a palavra lunático (*lunatic*) para referir-se a todos os tipos de enfermidade mental ou psíquica que retirem a razão, discernimento e manifestação de vontade da pessoa.

²⁴ A dificuldade de definir precisamente a natureza da insanidade, ou conceituá-la com precisão é, há muito tempo, fato reconhecido por praticamente todos os que precisam lidar com o tema, sejam médicos, juizes ou legisladores. Confira-se, por exemplo: MERCIER, Charles Arthur. *Sanity and insanity*. 2. ed. London: The Walter Scott Publishing Co., Ltd. 1905. p. 97 e seguintes.

²⁵ HIPPOCRATES. English translation by W. H. S. Jones. v. 1. London: William Heinemann. 1923. p. xlv e xlv. Hipócrates era, de acordo com Platão, um Asclepiadiano. Segundo W. H. S. Jones, na introdução geral do livro, "a velha visão, descartada agora pelas mais competentes autoridades, é que os *Asclepiadae* eram os sacerdotes dos templos de Asclépio, combinando as funções de sacerdotes e médicos. Essa visão implica que a medicina hipocrática tinha origem em "templos-prática". [...] Outra visão é que os Asclepiadianos eram uma corporação ou sociedade, supostamente fundada por Asclépio, cujos membros eram regidos por regras e faziam o juramento hipocrático. [...] O termo Asclepiadiano significa literalmente "a família de Asclépio", sendo ao menos possível que os Asclepiadianos fossem um clã de médicos hereditários que afirmavam ser descendentes de Asclépio. Seria fácil para tal família desenvolver-se em algo como uma corporação por admissão, ou por adoção, de pessoas de fora favorecidas. Nesse sentido o termo pode prontamente adquirir o significado geral de praticante da medicina [...]".

²⁶ BIANCHI, Giorgio. *Verbete: Casta*. Dicionário de política. v. 1. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. v. 1. 11. ed. Trad. Carmen C. Varrile *et al.* Coord. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. p. 151.

meios naturais que a higiene podia sugerir, a saber, jogos, exercícios recreativos de todas as espécies instituídos nesses templos, pinturas voluptuosas, imagens sedutoras expostas em todas as partes aos olhos dos doentes, cânticos dos mais agradáveis, sons dos mais melódiosos aos ouvidos, caminhadas nos jardins floridos, nos bosques ornamentados com requinte, e até mesmo respirar ar fresco e salubre no Nilo, em barcos decorados e em meio a concertos campestres, e ainda, viagem a ilhas especiais onde sob o símbolo de alguma divindade protetora procurava-se novos espetáculos, de maneira que todos os momentos eram consagrados às cenas cômicas, danças grotescas e um sistema de diversão amparado nas ideias religiosas. Essas viagens necessárias a locais sagrados, as festas contínuas ao longo do caminho, fortificando a superstição que habilitava os sacerdotes a produzirem uma diversão favorável, não se sabe se seriam aptas a afastar as ideias tristes e melancólicas que pudessem surgir com o sentimento de dor e inquietude decorrente das doenças. Essas sábias instituições para a cura dos alienados foram a glória dos sacerdotes no Egito.²⁷ De acordo com Jean-Etienne Dominique Esquirol,²⁸ gregos e romanos também possuíam cerimônias religiosas para combater a loucura.

2.3 A incapacidade mental na Grécia

Segundo afirma René Semelaigne,²⁹ na Grécia, o pai da medicina científica, Hipócrates, foi o primeiro a separar a ciência das concepções metafísicas dos filósofos, elevando-a ao empirismo. Hipócrates, em seus escritos, referiu-se à enfermidade mental como "doença sagrada", e afirmou que exemplos dessa doença eram raros mas violentos, e que os homens acometidos de tal enfermidade muito provavelmente teriam vida mais longa do que os outros.³⁰ Em outra passagem, refere-se ao fato de que crianças estavam sujeitas a

²⁷ PINEL, Philippe. *Nosographie philosophique: methode medicine*. v. 3. 6. ed. Paris: de L'Imprimerie de Crapelet: chez Maradan, Libraire. 1818. p. 98-9. PINEL, Philippe. *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*. p. 259-60.

²⁸ . ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. *Des maladies mentales*. v. 2. p. 433.

²⁹ SEMELAIGNE, René. *Études historiques sur l'aliénation mentale dans l'antiquité*. v.1. Paris: P. Asselin. 1869. p. 7.

³⁰ HIPPOCRATES. English translation by W. H. S. Jones. v. 1. 1923. p. 75-9. Confira-se ainda: HIPPOCRATES. English translation by W. H. S. Jones. v. 2. London: William Heinemann. 1923. p. 128-83. Veja-se o capítulo denominado "The sacred disease", no qual o autor refere-se às enfermidades da mente. Na edição de 1957 [Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press] que também foi consultada, as páginas são as mesmas referidas. A epilepsia era considerada *doença sagrada*, ou seja, aquela afeição que as pessoas

convulsões e ao que pensavam ser causa da doença da infância, uma "doença sagrada". Jean-Etienne Dominique Esquirol,³¹ em obra, afirma que Hipócrates combateu as práticas bizarras e supersticiosas de seus contemporâneos.

Certas formas de loucura, portanto, eram consideradas pelos antigos gregos como dom divino, e, conseqüentemente, "superior à mente sã",³² como encontramos nos textos de Platão,³³ o qual afirmou que a loucura não é um mal, mas na verdade "os maiores bens nos são garantidos por meio de uma loucura que é um dom divino", sendo que no delírio a profetisa de Delfos e as sacerdotisas de Dódona, no âmbito privado ou público, fizeram pela Grécia tão grandes serviços, enquanto que, com mente sã, pouco ou nenhum benefício fizeram. Entre os antigos, aqueles que deram nome às coisas, não viram na loucura nada de vergonhoso ou vexatório, a ponto de chamarem com o nome de *maniké* a mais bela das artes, aquela por cujo *delírio* se prediz o futuro, tendo por coisa bela tal arte, quando este *furor* tivesse origem na vontade divina. Os homens, posteriormente, por ignorância mudaram a palavra, inserindo a letra "t", tornando-a *mantiké*, com o que alterou-se o significado de arte *delirante* para *divina*. Para Platão, é correto o testemunho dos antigos de que *la follia divina è più bella della saggezza umana*. De acordo com Esquirol,³⁴ Platão recebeu dos sacerdotes egípcios esta crença de que a loucura era dom dos deuses.

acreditavam ser causada pelo Céu, e, por isso a chamavam *doença sagrada (sacred disease)*. No vol. 2, nas notas introdutórias do tradutor, p. 132, extrai-se que embora o trabalho seja suposto referir-se à epilepsia, outras convulsões, incluindo certas formas de *insanidade*, não devem ser excluídas. O termo empregado na obra é "esta doença", e em uma passagem do texto aparece a palavra grega traduzida por "convulsão". Em oposição à crença popular, o escritor sustenta que estas convulsões não são devidas à "possessão" por um deus mas decorrem de causa natural. Aqui cumpre-nos lembrar que os homens primitivos atribuíam tudo que não podiam explicar ao trabalho dos deuses, vez que para eles o anormal e o inusual ou incomum era considerado divino. Segundo as fontes, Hipócrates nasceu em Cos, por volta do ano 460 a.C., e pertencia à corporação dos Asclepiados. Seu pai era Heraclido, e seus professores foram Heródico e seu próprio pai. Uma vez tendo aprendido medicina e filosofia viajou grandemente como médico e professor, tendo sido consultado por importantes governantes de seu tempo, como o rei Perdica da Macedônia e Artarxerxes da Persia. Hipócrates parece ter rejeitado a superstição, tendo utilizado arrazoado (raciocínio) indutivo e o estudo da verdadeira medicina como sujeita às leis naturais, havendo tratado muitas pessoas através de medicamentos e cirurgia. Dos aproximadamente setenta trabalhos da chamada Coleção Hipocrática muitos não são de fato pertencentes ou escritos por Hipócrates, e mesmo o famoso "voto" ou "juramento" pode não ter sido sua criação.

³¹ . ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. Des maladies mentales. v. 2. p. 432-3.

³² WESTERMARCK, Edward. The origin and development of moral ideas. v. 1. London: Macmillan and Co., Limited. 1906. p. 270.

³³ PLATONE. Fedro. Traduzione di Emidio Martini. Torino: G. B. Paravia & C. 1935. p. 40-1. Consulte-se, ainda, tradução mais antiga: PLATONE. Fedro. Tradotto da Cesare Dalbono. Napoli: Tipografia Italiana. 1869. p. 35-6. Nesta tradução utilizou-se a palavra *furor* para referir-se à loucura, enquanto na tradução mais recente optou-se pela palavra *follia*. Na edição mais antiga, lê-se: "[...] tanto affermano gli antichi essere quel furore più bello della saggezza, quello che viene dagli Dei, e questa ch'è propria degli uomini."

³⁴ . ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. Des maladies mentales. v. 2. p. 433.

É bem verdade, porém, que o próprio Platão lançou em outros textos pensamentos rejeitados pela sociedade moderna quanto aos lunáticos e aos deficientes. Em suas *Leis*, Platão defendeu que os *loucos* não deveriam aparecer abertamente na cidade, mas que seus parentes deviam mantê-los em casa, empregando todos os meios conhecidos para isso, ou estaria a família sujeita a uma penalidade pecuniária, sendo que a multa sugerida por Platão àqueles que falhassem em controlar os *lunáticos*, fossem eles escravos ou homens livres, seria aplicada de acordo com a classe social, ou seja, os de classe mais elevada pagariam uma mina, o que equivalia a cem dracmas, enquanto os de segunda classe pagariam quatro quintos daquela quantia, os de terceira classe pagariam três quintos, e os de quarta classe pagariam dois quintos daquela quantia.³⁵ Por outro lado, em sua obra *República*, ao defender Platão sua *visão* de sociedade ideal, seu conceito de família estatal e filiação, afirma que os bebês, logo após o nascimento, deveriam ser entregues a oficiais estatais para criação e que os filhos nascidos de bons pais, valentes, guardiões, deveriam ser colocados em berçário geral, aos cuidados de enfermeiras e amas, em uma região separada da cidade, enquanto os filhos de pais inferiores ou aleijados, imperfeitos, defeituosos, deveriam ser escondidos, como conzinha, em alguns lugares secretos, misteriosos e ocultos, o que alguns autores, como James Adam,³⁶ defendem ser um eufemismo para o *infanticídio*.

³⁵ PLATO. *Laws*. v. 2. Books VII-XII. With an english translation by R. G. Bury. London: William Heinemann Ltd. 1968. [Book XI. 934] p. 459-60. Nesta obra o tradutor utilizou a palavra *madman*. PLATO. *Laws*. Translated into english by A. E. Taylor. London: J. M. Dent & Sons Ltd. 1934. [Book XI. 934] p. 329. Nesta obra o tradutor utilizou a palavra *lunatic*.

³⁶ THE REPUBLIC OF PLATO. Edited with critical notes, commentary and appendices by James Adam. v. 1. Books I-V. Cambridge (UK): University Press. 1905. [Book V, 460. C. 18]. p. 299. O autor, ao comentar (p. 298) a citação antecedente (459. E. 28) a partir do texto grego original, em que o filósofo defende o controle populacional, afirma parecer-lhe certo que neste livro Platão empresta sua sanção ao infanticídio, e que isto tem sido às vezes negado, mas sem razão suficiente. E, em seu *Appendice IV*, à p. 357-60, discorrendo amplamente sobre a questão do infanticídio na República, expõe a divergência entre autores e afirma que devemos interpretar a República por si mesma, e que nenhum dos contemporâneos de Platão teriam lido as sentenças referidas sem supor que seu autor estivesse a significar infanticídio. E, afirma, mesmo Aristóteles, em sua obra Política (*POL. H 16. 1335*) defendia o infanticídio no caso de prole deficiente. A prática, afirma James Adam, era largamente prevalecente na antiga Grécia e expressamente apreciada em Esparta. Confira-se ainda: THE REPUBLIC OF PLATO. Translated into english with analysis, and notes, by John Llewelyn Davies and David James Vaughan. London: Macmillan and Co. 1921. (Book V, 460). p. 168. Nesta tradução inglesa utilizou-se a expressão *imperfect children* para referir-se às crianças deficientes, como lemos: "Well, these officers, I suppose, will take the children of good parents, and place them in the general nursery under the charge of certain nurses, living apart in a particular quarter of the city: while the issue of inferior parents, and all imperfect children that are born to the others, will be concealed, as is fitting, in some mysterious and unknown hiding-place." Confira-se ainda: THE REPUBLIC OF PLATO. Introduction by Ernest Baker. London: Methuen & Co. 1906. [Book V]. p. 111. Nesta tradução inglesa utilizou-se a palavra *maimed* para referir-se às crianças aleijadas, conforme lemos: "And shall the children always as they are born be received by magistrates appointed for these purposes, whether men or women, or both? for the magistracies are in common to women as to men. They are so. And when they receive the children of worthy persons, they will carry them, I imagine, to the nursery, to certain nurses dwelling apart in a certain place of the city. But the children of the more depraved, and such others as are any way maimed, they will hide in some secret and obscure place, as is proper."

2.4 A incapacidade mental em Esparta

Plutarco,³⁷ narrando a vida de Licurgo, o grande legislador de Esparta, afirma que não estava no poder do pai dispor da criança como lhe aprouvesse, mas era obrigado a levar seus filhos perante certos jurados ou julgadores num lugar chamado Lesque, e estes eram alguns dos mais velhos da tribo a que pertencia a criança, sendo que estes anciãos tinham por trabalho verificar cuidadosamente o infante e se este fosse forte, robusto e bem formado eles davam ordens para sua criação, e destinavam para isso uma das nove mil partes da terra para a manutenção da criança, mas, por outro lado, se fosse o infante pelos anciãos achado fraco, débil e mal formado era ordenado que fosse levado ao lugar chamado *Apothetae*, uma espécie de abismo aos pés do monte *Taygetus*, onde seria *exposto*, ao entendimento de que não era para nem para o bem da própria criança nem para o bem do interesse público que ela deveria ser criada se não parecesse, desde o princípio, ter sido feita para ser saudável e vigorosa.

Leonard Whibley,³⁸ em sua obra sobre as oligarquias gregas, aponta que o infanticídio e a exposição de bebês ou crianças teria sido um meio de controle populacional em face do direito de propriedade e sucessório, e afirma que tais práticas eram mais frequentes nas aristocracias do que em outras classes. Hugo Blümer,³⁹ ao tratar da vida doméstica dos antigos gregos afirma que se a criança era forte e saudável não haveria a questão do bárbaro costume de sua *exposição*, que embora fosse raramente utilizada em Atenas era ainda bastante comum em Esparta.

2.5 A incapacidade mental no Oriente

³⁷ PLUTARCH'S LIVES. The translation called Dryden's. Corrected from the greek and revised by A. H. Clough. V. 1. Philadelphia: John D. Morris & Company. 1860. p. 97. Plutarchus, que posteriormente também seria conhecido como Lucius Mestrius Plutarchus, afirma ainda que pelos mesmos relatos que pesquisou as mulheres de Esparta não banhavam os recém-nascidos em água, como é o costume em todos os outros países, mas banhavam-nos com vinho, para provar o temperamento e a compleição de seus corpos pela noção havida de que crianças epléticas e fracas desmaiariam e definhariam ao serem banhadas com vinho, enquanto que, ao contrário, bebês fortes e vigorosos adquiririam firmeza e temperamento como aço.

³⁸ WHIBLEY, Leonard. Greek oligarchies: their character and organisation. New York: G. P. Putnam's Sons. 1896. p. 112-3. Nas notas de rodapé à p. 113 o autor afirma que há pouca evidência sobre isso, e aponta diversos exemplos de textos em que há referência à sua existência ou proibição.

³⁹ BLÜMER, Hugo. The home life of the ancient greeks. Translated from german by Alice Zimmern. London: Cassel and Company, Limited. 1895. p. 81-2.

Segundo George Ives, na quente luz solar das terras do Oriente, a vida da população passava-se ao ar livre, e os insanos vagueavam fora dos vilarejos, sendo que as Escrituras chegam a mencionar que os lunáticos podiam habitar nas tumbas, fazendo clara alusão ao relato encontrados nos Evangelhos do encontro dos *endemoniados* gadarenos ou genesarenos com Jesus Cristo no início de seu ministério.⁴⁰ Afirma o autor que o lunático podia vaguear pelos suaves bosques de ciprestes à luz do luar e deitar-se sob a sombra das palmeiras no calor do meio-dia. E, aduz o autor, posteriormente, eles habitavam separados, como os leprosos, cortados por sua terrível enfermidade do parentesco da razão, mas livres ao menos ao ar e luz solar, e às vezes permitidos uma licença especial como guardiães de Deus. Somente em tempos mais recentes viriam eles a ser acorrentados e encarcerados. Aduz o autor que a

⁴⁰ Os Evangelhos (S. Mateus VIII, 28-34; S. Marcos V, 1-20; S. Lucas VIII, 26-39) relatam a visita de Jesus Cristo à cidade de Gadara, na região de Decápolis, e seu encontro com um *homo in spiritu immundo*, expressão encontrada no relato de São Marcos, no texto da *Vulgata*, tradução das Escrituras para o latim. No relato de São Mateus eram dois os *endemoniados* furiosos (*duo habentes daemonia*), e, no relato de São Lucas apenas um *qui habebat daemonium*, que sequer roupas vestia (*et uestimento non induebatur*). Os textos mencionam que tais homens estavam soltos pois quebravam as correntes que os amarravam e fugiam aos desertos (*et uinciebatur catenis et compedibus custoditus, et ruptis uinculis agebatur a daemonio in deserta*). Há crença geral de que os 27 livros do Novo Testamento tenham sido escritos em grego, língua universal no tempo de Jesus Cristo e dos Apóstolos, consequência da expansão do império do macedônio Alexandre, no século IV antes de Cristo, e dos governantes gregos que o sucederam. No século I, quando os romanos construíram seu império, não conseguiram, todavia, subjugar a língua grega, tendo o latim predominância no norte da África, Espanha e Itália, mas sem ingresso no Oriente, e, mesmo na Itália, as pessoas cultas tinham o grego como segunda língua. Judeus de língua grega produziram no Egito, no tempo do rei Ptolomeu II, provavelmente entre os séculos III e II a.C., a *Septuaginta*, ou simplesmente LXX, tradução do Antigo Testamento do hebraico para o grego, a qual, segundo a tradição, teria sido fruto do trabalho de 72 eruditos em 72 dias, que trabalhando de maneira independente, produziram tradução similar, daí o nome recebido. No século IV d.C, propriamente no ano 382, Jerônimo, sob o patrocínio de seu amigo Papa Dâmaso I, traduziu o Novo Testamento para o latim – revisando traduções latinas que fizera anteriormente dos Evangelhos e traduzindo os demais livros –, fazendo o mesmo com o Velho Testamento em 405, o que se tornou a versão oficial da Bíblia Católica Romana. O Novo Testamento, escrito originalmente na forma grega conhecida abreviadamente como *Koine* (comum) passava a ser lido também em latim. Foi esta versão da Bíblia, que recebeu o título de *Vulgata* (comum), o primeiro livro impresso em 1454 por Johannes Gutenberg, criador da impressão por tipos metálicos móveis. Para estudo dos textos referidos diretamente na *Vulgata*, confira-se: NOUUM TESTAMENTUM DOMINI NOSTRI IESU CHRISTI LATINE. secundum editionem sancti Hieronymi. Iohannes Wordsworth et Henrico Iuliano White. Oxonii (Oxford): E. Typographeo Clarendoniano. 1889. p. 70-1; p. 208-9 e 359-61. LA SAINTE BIBLE: texte de la Vulgate, traduction française en regard avec commentaires. Évangile selon S. Marc. Traduction française par M. l'abbé BAYLE. Commentaires par M. l'abbé L. Cl. FILLION. Paris: P. Lethielleux, Libraire-Éditeur. 1895. p. 77. THE VULGATE NEW TESTAMENT, with the douay version of 1582. London: Samuel Bagster and Sons. 1872. p. 11; 52 e 90. Nota do candidato: As palavras latinas *vestimento*, *vinculis* e *vinciebatur*, e *novum* tiveram a letra *v* substituída por *u*, e os nomes *Jesu*, *Iohannes* e *Iuliano* tiveram a letra *j* substituída por *i*, mantendo-se a grafia original da obras, posto que tanto a letra *v* como a letra *j* somente apareceram na Renascença, como esclarece José Carlos Moreira Alves em sua clássica obra *Direito Romano* (20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.p. 6). Veja-se ainda, o relato dos Evangelhos (Mattheum XVII, 15-21; Marcum IX, 14-29, e Lucam IX, 37-43) acerca da cura de um jovem *lunático* por Jesus Cristo, encontrando-se nas versões retro mencionadas da *Vulgata*, para se referir ao *estado* do menino, as seguintes expressões: *lunaticus*, *daemonium*, *spiritus*, *spiritum mutum*, *spiritui immundo*, *spiritum immundo*, *spiritus inmundum* e *spiritum inmundum*.

conduta inoportuna que às vezes tinham os lunáticos frequentemente acarretavam o instinto de retaliação e trazia rápida e pesada punição sobre eles.

2.6 A incapacidade mental na Europa

Na Europa e também na Inglaterra os lunáticos menos perigosos eram permitidos vaguear pelo país, pedintes e vagabundos, proporcionando ao povo esporte e zombaria. Enquanto os débeis mentais pobres eram permitidos vaguear, aqueles da classe rica eram menos afortunados, pois suas famílias tinham deles vergonha, e assim eram escondidos e trancados em sótãos e adegas, ou encurralados em galpão ou outra construção externa à casa, presos em qualquer lugar, o que duraria até o século dezenove.⁴¹

2.7 A incapacidade mental nas tribos indígenas norte-americanas

Henry Rowe Schoolcraft,⁴² em substancioso estudo sobre as tribos indígenas americanas, afirma que o respeito pelos lunáticos, ou pelos membros dementes, era universal entre os tribos indígenas da América do Norte.

2.8 A incapacidade mental nas tribos africanas

⁴¹ IVES, Geroge. Penal methods of the middle ages. p. 144-7.

⁴² SCHOOLCRAFT, Henry Rowe. History condition and prospects of the indian tribes of the United States. v. 4. Philadelphia: Lippincott, Grambo & Co. 1854. p. 49. No original: "[r]egard for lunatics, or the demented members of the human race, is a universal trait among the American tribes. It is even found among the Indians of Oregon, who have been often, perhaps not erroneously, supposed to be inferior in their mental endowments, to the tribes of the Atlantic slope, and of the Mississippi valley". Segundo o autor, uma mulher indígena no Oregon, que aparentava demência, cantava de maneira incoerente e selvagem, oferecendo seus pequenos pertences aos espectadores, chocando-se de forma horrível no caso de recusa, sendo motivo de piedade entre os indígenas. Aduz o autor que os índios consideravam a demência (*lunacy*) como causa de perfeita isenção de responsabilidade. As edições posteriores foram publicadas com o título *The indian tribes of the United States*.

Edward Westermarck,⁴³ em sua obra sobre a origem e desenvolvimento das ideias morais, no capítulo destinado à deficiência intelectual relata o tratamento conferido aos *lunáticos* em diversos povos e aduz que alguns dos povos africanos acreditavam que o *louco* estava possuído por um espírito e, portanto, era formalmente colocado sob a proteção do rei, enquanto outros povos no mesmo continente acreditavam estar o *louco* possuído pelo demônio. Os habitantes dos continentes, ou mesmo nas ilhas dos Oceanos Pacífico e Índico, tinham crença semelhante neste assunto, ora acreditando serem os lunáticos agraciados pelos deuses com possessão espiritual, e nesse caso tornando-os objeto de reverência religiosa, ora acreditando serem possuídos por demônio, o mesmo ocorrendo em tribos indígenas brasileiras,⁴⁴ que acreditavam serem os *loucos* pessoas inspiradas, e a questão da crença nos espíritos da natureza entre as nações indígenas sul-americanas não passaria despercebida de Charles Darwin quando de sua passagem nestas terras no famoso barco H. M. S. *Beagle*.⁴⁵

2.9 A incapacidade mental no Egito

Edward William Lane,⁴⁶ após observações feitas no Egito na primeira metade do século XIX, afirma que aquele povo tributava uma reverência supersticiosa não apenas a seres imaginários, mas a estendia a certos indivíduos de sua própria espécie, e às vezes àqueles que são exatamente os menos merecedores a tal respeito, e, prossegue o autor, um *idiota*⁴⁷ ou um *louco* era vulgarmente considerado pelo povo como "um ser cuja mente está

⁴³ WESTERMARCK, Edward. The origin and development of moral ideas. v. 1. p. 269 e ss.

⁴⁴ Sobre as tribos brasileiras e infanticídio de bebês deficientes, consulte-se por todos: ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 33-6.

⁴⁵ DARWIN, Charles. A naturalists voyage. 2. ed. London: John Murray. 1882. Em sua passagem por algumas regiões brasileiras, como a sudeste e a nordeste, Charles Darwin, além de surpreender-se com as belezas da natureza, estarrecer-se com a escravidão e o tratamento cruel conferido pelos senhores de escravos, como ele mesmo consignou em sua obra.

⁴⁶ LANE, Edward William. Manners and customs of the modern egyptians. London: Ward, Lock and Co. Limited. 1902. p. 208. Na edição londrina de 1908 (publicada por J. M. Dent & Sons Ltd., e reimpressa em 1914), aumentada, a citação encontra-se à p. 234.

⁴⁷ Considerando que a *idiotia* é um termos popular e não científico, sempre se teve dificuldade em enquadrá-la em uma definição científica compreensiva o bastante para incluir todos os significados aos quais tem sido utilizado. Algumas obras definem a idiotia como "deficiência mental, ou extrema estupidez, relacionada à mal nutrição ou enfermidade dos centros nervosos, ocorrendo antes do nascimento ou antes da evolução das faculdades mentais na infância. A palavra imbecilidade é geralmente usada para denotar um menor grau de incapacidade mental". O termo fraco da mente era muito utilizado nos Estados Unidos da América tanto em documentos jurídicos ou médicos, para denotar tanto a idiotia como a imbecilidade. Para estudo dos conceitos, confira-se: IRELAND, William W. The mental affections of children: idiocy, imbecility, and insanity. 2. ed.

no céu, enquanto sua parte mais bruta se mistura entre os comuns mortais", e, em consequência, o louco era considerado um especial favorecido do céu. Por maiores barbaridades que estes considerados santos possam cometer, mesmo quebrando leis religiosas, tais atos não afetam sua fama de santidade, pois são considerados como resultado da abstração de sua mente das coisas mundanas, e sua alma ou faculdades racionais, sendo absorvidas em devoção, de maneira que suas paixões são deixadas sem controle, sendo mantidos em confinamento somente os lunáticos perigosos à sociedade, mas todos os que são inofensivos são considerados como santos, sendo que alguns vagueavam perfeitamente desnudos pelas ruas, e mesmo assim altamente venerados.

2.10 A incapacidade mental entre os povos muçulmanos

William W. Ireland,⁴⁸ em uma de suas obras, lembra haver uma passagem no capítulo 4 do Alcorão,⁴⁹ livro sagrado dos muçulmanos, que pode referir-se às pessoas insanas ou imbecis ou a ambas, a saber: "[n]ão deis aos fracos de entendimento a substância que Deus vos designou fosse deles preservada; mas mantenha-os fora, e os vista, e falem gentilmente para com eles". Como resultado desta percepção sensível e gentil os insanos têm sido geralmente bem tratados nos países maometanos, de maneira que os muçulmanos podem reivindicar terem erigido o primeiro asilo de lunáticos.

2.11 A incapacidade mental no Marrocos

London: J. & A. Churchill. 1900. p. 1-2. O autor discorre sobre as leis relativas aos *idiotas* e *imbecis* na Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda e Estados Unidos à p. 398-425, e lembra que os idiotas raramente são mencionados por escritores gregos e romanos, sendo que pelas leis de Licurgo crianças doentes ou deformadas eram *expostas* em um vale de Taigeto.

⁴⁸ IRELAND, William W. The mental affections of childrens: idiocy, imbecility, and insanity. p. 399.

⁴⁹ THE KORAN. Translated from the arabic by the Rev. J. M. Rodwell. London: J. M. Dent & Sons Ltd. 1909. p. 411. A edição consultada foi reimpressa em 1915, e lemos no original: "And entrust not to the incapable the substance which God hath placed with you for their support; but maintain them therewith, and clothe them, and speak to them with kindly speech." Confirma-se, ainda: ARBERRY, Arthur J. The Koran interpreted. London: George Allen & Unwin Ltd. v. 1. 1955. p. 100. Nesta tradução lemos: "But do not give to fools their property that God has assigned to you to manage; provide for them and clothe them out of it, and speak to them honourable words." Na tradução de George Sale, impressa em Londres por Frederick Warne and Co. Ltd. (s/d), p. 71-2, lemos: "And give not unto those who are weak of understanding, the substance which God hath appointed you to preserve *for them*; but maintain them thereout, and clothe them, and speak kindly unto them."

Edward Westermarck,⁵⁰ em sua obra, aponta que a mesma deferência era conferida aos lunáticos no Marrocos, os quais não eram obrigados nem mesmo a observar a festa do *Ramadan*, o mais imperativo de todos os deveres religiosos, e afirma ter visto dementes alimentando-se em plena luz do dia, quando haveriam de jejuar até o pôr-do-sol, os quais eram perdoados pelas pessoas, que a elas se referiam como "não sabendo o que faziam pois sua mente estava com Deus". O autor lembra, todavia, a existência de povos que tratavam os lunáticos de maneira bem diferente.

2.12 A incapacidade mental entre os aborígens australianos

James Dawson,⁵¹ escrevendo sobre os aborígenes australianos da região de Vitória Ocidental afirma que casos de insanidade raramente eram encontrados, mas os aborígenes acreditavam que o aumento da loucura estava associado ao uso de líquidos intoxicantes introduzidos na comunidade, e especialmente desde que começaram a desrespeitar suas leis sobre casamento consanguíneo. Aduz o autor que quando um caso de insanidade ocorria, promovia-se uma consulta aos pais do doente mental, e, como a tribo possuía um grande e verdadeiro pavor de pessoas loucas, o doente era morto, o mesmo ocorrendo com crianças com alguma deformidade ou defeito atribuível à proximidade consanguínea.

2.13 A incapacidade mental na Ásia

Por outro lado, em algumas ilhas da Ásia a loucura era a única causa de pena de morte, sendo os enfermos estrangulados com bambu, mas essa prática parece ter sido mais um meio de livrar-se do demente perigoso do que propriamente uma pena de morte no sentido técnico da expressão. O mesmo ocorria em outras tribos, em que o lunático que matasse alguém era

⁵⁰ WESTERMARCK, Edward. The origin and development of moral ideas. v. 1. p. 271.

⁵¹ DAWSON, James. Australian aborigines. Melbourne: George Robertson. 1881. p. 61.

igualmente morto, não com o propósito de recompensa por seus atos mas para prevenir que idêntica situação voltasse a ocorrer. Em outras nações as pessoas *loucas* eram sujeitas à regra de *vingança de sangue*. Na China os lunáticos eram responsáveis por seus atos, embora a pena ordinariamente aplicada era comutada, como por exemplo, de pena de morte para aprisionamento com grilhões, mas caso o lunático assassinasse *deliberadamente* seus pais ou avós seria executado no local dos fatos ou em local público, aplicando-se-lhe a sentença de morte por fatiamento em pedaços, para mostrar às pessoas o horror praticado pelo doente. Entre os galeses, de acordo com uma lei antiga, não se exercia vingança contra um *idiota*, nem se-lhe impunha multa real por nenhum ato, mas se o demente matasse alguém, permitia-se que *galanas (dinheiro de sangue)* fossem pagas em seu favor, como forma de prevenir atos ilícitos pelo enfermo. Segundo o autor, leis provinciais suecas tratavam a lesão cometida pelos lunáticos da mesma forma que a lesão culposa, desde que os pais do doente causador da injúria tivessem publicamente anunciado sua loucura, ou, de acordo com algumas leis, o tivessem mantido amarrado em laços que ele quebrara antes de cometer a lesão, e caso os pais tivessem omitido a loucura a lesão cometida pelo demente era considerada dolosa.

2.14 A incapacidade mental na Islândia, Alemanha e Inglaterra

Na Islândia, alguns povos impunham ao louco que cometesse homicídio a mesma punição conferida às demais pessoas. Na Alemanha, leis do período que antecedeu o século XVII traziam provisões especiais relacionadas às ofensas cometidas por lunáticos, havendo registro das leis de Hamburgo, de 1605, as quais estabeleciam que embora o *louco* que matasse outra pessoa não fosse punido com a pena ordinária aplicada aos assassinos, haveria, inobstante, uma punição. Na Alemanha pessoas reconhecidamente dementes eram, não raras vezes, punidas com grande severidade, e mesmo com a morte, nos séculos XVII e XVIII.⁵² Na Inglaterra, no tempo dos reis Eduardo II e Eduardo III, a prova da loucura parece não ter sido suficiente para absolvição em caso de assassinato cometido pelo doente mental; já no que concerne a outros ilícitos podia ser-lhe conferido o direito de perdão. Aliás, na Inglaterra, William Shakespeare lançaria sobre a loucura uma infeliz reprimenda em sua famosa peça

⁵² WESTERMARCK, Edward. The origin and development of moral ideas. v. 1. p. 271-2.

teatral *As you like it*,⁵³ através da personagem Rosalinda, ao afirmar merecerem os loucos uma "casa escura e chicotada".

2.15 A incapacidade mental e as superstições primitivas

Rushton Dorman,⁵⁴ que estudou a origem das superstições primitivas, destinou os capítulos iniciais à doutrina dos espíritos. Preleciona o autor que as superstições se originaram no erro ou na ignorância da verdade. Os povos da América acreditavam numa forma de transmigração, entre si, da alma de pessoas e animais, sendo que outra forma de transmigração, de acordo com a crença supersticiosa dos povos bárbaros, aparece na sua teoria para doenças e curas. Assim, em condições normais a alma do homem habita seu corpo, e acreditava-se que a alma dava-lhe vida, saúde e poder para pensar, falar e agir, sendo que uma adaptação do mesmo princípio explicaria as condições anormais do corpo ou da mente, considerando que os novos sintomas seriam operação de um segundo ser espiritual, uma segunda alma, um espírito estranho. Com isso, um homem queimando de febre, condoído, contorcido, como se alguma criatura estivesse rasgando e retorcendo dentro dele, racionalmente encontrava-se como resposta uma causa espiritual pessoal para o sofrimento.

Daí que, pensavam os antigos, quando um poder misterioso invisível joga o homem desamparado no chão, sacode-o e contorce-o em convulsões, impelindo-o, com face distorcida e gestos frenéticos estranhos, ou mesmo que aparentemente humanos, com delírios incoerentes e selvagens, ou com pensamento e eloquência além de suas sóbrias capacidades, para comandar, aconselhar e predizer, parece a todos que assistem, e mesmo para a própria pessoa, ter se tornado mero instrumento de um espírito que dele se apoderou ou nele entrou. Esta é, segundo o autor, a selvagem teoria da *possessão* e *obsessão*, que é a teoria da doença e inspiração, apontando o existir diferença entre as expressões, visto que na *possessão* os

⁵³ COLLIER, J. Payne. The works of William Shakespeare. v. 3. London: Whittaker & Co. Ave Maria Lane. 1842. p. 1-100. A citação encontra-se à p. 59. A peça *As you like it* (*Como gostais* ou *Como você gosta*, em tradução livre) foi primeiramente impressa em 1623. Na peça, o personagem Orlando, apaixonado por Rosalinda, sem saber que com ela conversava, pois esta vestira-se de homem, dizendo-se apaixonado dela ouve: "[I]ove is merely a madness, and, I tell you, deserves as well a dark house, and a whip, as madmen do; and the reason why they are not so punished and cured, is, that the lunacy is so ordinary, that the whippers are in love too. Yet I profess curing it by counsel."

⁵⁴ DORMAN, Rushton M. The origin of primitive superstitions. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co. 1881. p. 392. p. 50-2; 392.

espíritos entram e habitam em um corpo, enquanto na *obsessão* eles pairam sobre a pessoa, e afetam-na pelo lado de fora.

Esta crença, leciona o autor, é baseada em uma concepção animista, genuína e racional, e exerceu influência em muitos povos. Estar doente é estar atacado pelos espíritos, e, naturalmente, livrar-se desses espíritos significa obter a cura. Nada poderia demonstrar mais vividamente a concepção da doença ou afecção mental como causada por um ser espiritual do que os encantamentos do feiticeiro, que fala com o espírito, persuadindo-o, ou ameaçando-o, fazendo-lhe oferendas, e tentando seduzi-lo ou conduzi-lo para fora do corpo do paciente. Portanto, a ignorância e a superstição foram as grandes causadoras do tratamento ignominioso imposto aos dementes por muitos povos. E, ao final da obra, conclui o autor que as piores barbaridades dos povos foram cometidas ou instigadas pela superstição, mesmo o costume de abandonar doentes e enfermos surgiu do medo supersticioso dos espíritos maus, que acreditavam ter tomado o doente em possessão. Nesse sentido as observações de Edward Westermarck de que entre um grande número de povos incivilizados era comum matar crianças caso fossem bastardas, órfãs de mãe, deformadas ou doentes, ou se houvesse algo incomum que as fizessem ser consideradas crianças sem sorte, bem como era costume matar pessoas doentes, ou abandoná-las para morrer, conquanto idosas.⁵⁵

2.16 A incapacidade mental o acolhimento pelas igrejas

Por outro lado, as igrejas acolhiam os insanos dando-lhes habitação e alimento, e parece ter sido o principal lugar de sua residência e habitação. E mesmo monges os acolhiam em seus mosteiros. Mas como as medicinas utilizadas não curavam, a ideia principal daqueles dias sobre a insanidade era de que sua origem decorria de possessão demoníaca e a grande arma espiritual era sempre o exorcismo, sendo que no terceiro século os exorcistas formaram uma ordem especial.⁵⁶

⁵⁵ WESTERMARCK, Edward. The origin and development of moral ideas. v. 1. p. 391-4. No capítulo XVII, p. 383-417, o autor discorre sobre "a morte dos pais, pessoas doentes, crianças e feticídio", oferecendo amplo panorama sobre a questão em diversas sociedades.

⁵⁶ IVES, Geroge. Penal methods of the middle ages. p. 146-7.

2.17 A incapacidade mental e o *Corpus Iuris Canonici*

Mesmo a Igreja de Roma, a seu modo, tratava do tema no *Corpus Iuris Canonici*,⁵⁷ sendo que seu *Canon* proibiu os *furiosi* de se casarem mas não obrigava à separação dos dementes que tivessem contraído matrimônio. O Código de Direito Canônico de 1983,⁵⁸ promulgado pelo Papa João Paulo II, não se alterou quanto ao tema, pois o *Canon* 1095, § 1º, estatui que são incapazes de contrair matrimônio "os que carecem do uso suficiente da razão", acrescentando o § 1º "os que sofrem defeito grave de discrição do juízo acerca dos direitos e deveres essenciais do matrimônio, que devem dar e receber mutuamente", e o § 3º inclui entre os incapazes de núpcias "os que por causa de natureza psíquica não podem assumir as obrigações essenciais do matrimônio".

2.18 A incapacidade mental na visão de Santo Tomás de Aquino

Tomás de Aquino,⁵⁹ em sua clássica *Suma Teológica*, escrevendo o tratado dos sacramentos enfrentou a questão do batismo dos *furiosi* e *amentes*, e defendeu o costume da Igreja de batizar o doente mental (p. III, q. LXIII, art. 12). Para tanto, apontou algumas situações distintas: (i) os insanos desde o nascimento, sem intervalos lúcidos e que não demonstram sinais do uso da razão, caso em que a decisão deve ser a mesma aplicada quanto

⁵⁷ CORPUS IURIS CANONICI. Tomus tercius. 1737. p. 403. Libro IV. Titulus XI. Sectio X. (quaestionum, paragraphorum, et capitum). "An furiosi & amentes, possint contrahere matrimonium? I. Neque furiosus, neque furiosa matrimonium contrahere possunt; sed si contractum fuerit (inteltellige eo tempore quo liberum haberent suae rationis usum, ut ex sequentibus Decisionibus consta[t] separentur. Caus. XXXII. Quaest. VII, Cap. 26. Neque. Ubi non est consensus utriusque non est conjugium. Caus. XXX. Quaest. II, Cap. Unico. Corpus Juris Canonici. Tom. III. II. Propter alienationem furiosis, legitimus non potest intervenire consensus. De Sponsalibus. Cap. Di[...]. med. Lib. IV. Decr. Tit. I, Cap. 14. III. Si quis filiam fuam Viro qui continuo furore laborat, ignorans matromonialiter copulavit, arque illa cum ipso morari non posse, devent ab invicem separari. Ibid. fin. IV. Matrimonium non facit coitus, sed voluntas. [...]"

⁵⁸ Código de Direito Canônico. Promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. versão portuguesa. 4. ed. rev. Lisboa: Editorial Apostolado da Oração – Braga. 1983. p. 192-193. A citação encontra-se no Livro IV (Do múnus santificador da igreja), Parte I (Dos Sacramentos), Título VII (Do Matrimônio), Capítulo IV (Do consentimento matrimonial). Manteve-se a grafia original.

⁵⁹ THOMAE AQUINATIS, S. Summae Theologicae. Tercia pars. Antuerpiae: Ex officina Christophori Plantini. 1569. p. 253. THOMAS AQUINAS, St. The Summa Theologica. Part III. Literally translated by fathers of the english dominican province. (Third number. QQ. LX – LXXXIII). London: Burns Oates and Washbourne Ltd. 1923. p. 164-5. A versão inglesa traduziu as expressões latinas *furiosi* e *amentes* por *madmen* e *imbeciles*, enquanto a versão espanhola (Madri: Biblioteca de Autores Cristianos. 4. ed. (reimpr.) 2001. p. 595) traduziu-as por *exaltados* e *dementes*.

ao batismo de crianças (tratada no art. 9 da mesma questão), ou seja, deve-se batizar as crianças pois, uma vez tendo nascido sob a maldição de Adão – a morte (Romanos V, 17) – devem através do batismo, como segundo nascimento, receber a salvação. Ademais, assim como o bebê, sem consciência, recebe alimento no útero através de sua mãe, também deve, antes do uso da razão, receber a salvação através da Igreja; (ii) os insanos que anteriormente foram sãos da mente, e que caíram de um estado de sanidade para o de insanidade, devendo neste caso guiar-se pelo desejo expressado quando do estado de sanidade, ou, por outras palavras, averiguando se durante a lucidez houve desejo da pessoa em receber o batismo, caso em que deve ser ministrado o batismo aos *loucos* e *dementes* muito embora eles o recusem no estado de insanidade; (iii) os insanos que anteriormente foram sadios de mente e, enquanto sãos, não demonstraram desejo de receber o batismo, e neste caso, no estado de insanidade não devem ser batizados; (iv) os *loucos* e *dementes* desde o nascimento com intervalos lúcidos, nos quais podem fazer correto uso da razão, na hipótese de expressarem desejo pelo batismo, podem ser-lhes conferido o batismo se há medo de perigo, caso contrário é melhor esperar até o retorno da razão para que eles possam receber o sacramento mais devotamente; (v) aqueles que embora não sejam completamente sãos da mente podem usar o que possuem de razão e pensar em sua salvação, e neste caso, entendendo o poder do sacramento, caso manifestem a vontade de receber o batismo, devem recebê-lo tal qual as pessoas sãs de mente.

Por outro lado, também não passou despercebido de Tomás de Aquino a questão do matrimônio e dos doentes mentais (q. LVIII, art. 3º). Leciona Tomás de Aquino que a loucura é anterior ou posterior ao casamento, e sendo posterior não anula o casamento, e se anterior, a pessoa possui ou não lúcidos intervalos, e, se os possui, embora não seja seguro para esta pessoa casar-se durante aquele intervalo de lucidez pois não saberia como educar seus filhos, se vem a casar, o casamento é válido. Mas se a pessoa não possui lúcidos intervalos, ou se o casamento ocorrer fora do intervalo lúcido, então, uma vez que não pode haver consentimento sem uso da razão, o casamento será inválido.⁶⁰

2.19 A associação entre alienação mental e possessão demoníaca

⁶⁰ THOMAS AQUINAS, St. The Summa Theologica. Third Part (Supplement). QQ. XXXIV – LXVIII. Literally translated by fathers of the english dominican province. London: Burns Oates and Washbourne Ltd. 1922. p. 260-1.

Em algum momento histórico, porém, cresceu entre muitos povos o conceito de que enfermidade mental decorria de possessão demoníaca, do apoderamento de espírito mal. Tal fato é lembrado na obra de René Semelaigne,⁶¹ segundo o qual mesmo a medicina mental trazia a marca da superstição e doutrinas teológicas quanto aos alienados, vistos como possuídos pelo diabo, sendo que o tratamento tinha por objetivo o livramento do demônio.

Daniel Hack Tuke,⁶² ao abordar o tratamento médico e supersticioso dos insanos nos tempos antigos, afirma que entre os ancestrais saxões o tratamento era um curioso composto de remédios, superstição e castigo. Acreditava-se que a possessão demoníaca era a frequente causa de insanidade, sendo o exorcismo praticado pela Igreja e por esta reconhecida em suas ordenanças. Segundo o autor, obras do início da idade média apontam a utilização de correntes como forma de contenção dos dementes, sendo até mesmo realizados, na Escócia medieval, sacrifícios de galos ou mesmo enterro de galo preto vivo com porção de cabelo do paciente além de porções de suas unhas, como forma de obter a cura para doença mental.

2.20 Torturas engenhosas no *tratamento* aos doentes mentais

Nas mais variadas partes do mundo os dementes eram acorrentados permanentemente em suas casas ou nos asilos⁶³ e manicômios,⁶⁴ e, em quando nestes, tinham seu corpo preso,

⁶¹ SEMELAIGNE, René. Les grands aliénistes français. Paris: G. Steinheil, Editor. v. 1. 1894. p. 9.

⁶² TUKE, Daniel Hack. Chapters in the history of the insane in the british isles. London: Kegan Paul, Trench & Co. 1882. p. 1-44.

⁶³ Sobre as *instituições de beneficência*, confira-se: RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro. v. 2. t. 2. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1880. p. 165-167. Ao referir-se às origens das instituições de beneficência afirma o autor que entre os romanos o Estado exercia a caridade pública, cuidando, dentre outros, de pobres e orfãos. Leciona o autor que com a elevação do cristianismo à religião do Estado tais instituições benemerentes, casas de socorros públicos, tomaram grande desenvolvimento, contribuindo para esse resultado os privilégios que os imperadores lhes concederam. Numerosas instituições pias surgiram por toda parte, destinadas ao auxílio da infância desvalida, da enfermidade, da indigência, das misérias de todos os gêneros, auxílio tanto mais precioso em comparação com a raridade que se tornara a caridade individual, mesmo em face das numerosas causas de sofrimento naqueles séculos. Aduz o autor que as instituições de beneficência podiam ser divididas em públicas e particulares, religiosas e profanas, segundo seus fundadores e os fins a que destinadas. Chamavam-se *xenodochias* os hospícios de peregrinos; *ptochotrophias*, os de indigentes; *orphanotrophias*, os dos órfãos; *brephotrophias*, os de infantes recém nascidos; *nosocomias*, os dos enfermos; *gerontocomias*, os dos velhos.

⁶⁴ A palavra manicômio é derivada do vocábulo grego *komeo* ([curo] guarda) e *mania* (loucura), significando, pois, o *lugar onde se guarda o louco*, sendo sinônimo da palavra asilo na compreensão que utilizaremos neste trabalho. A mania tem vasto sentido, e portanto a expressão manicômio, representa todo e qualquer

muitas vezes desnudos, às macas, cadeiras ou camas por cintas específicas para este fim ou mesmo com cordas, sendo submetidos a tratamentos severos, como golpes, choques elétricos (eletroconvulsoterapia), sangria provocada por sanguessugas ou outros meios para baixar a pressão arterial e diminuir a ação vascular, semi-afogamento, imersão abrupta em banhos frios e quentes realizados de surpresa no enfermo, ingestão de óleos purgantes ou laxantes, visto acreditar-se que a limpeza intestinal acalmaria o demente, induzimento ao vômito com a ingestão de substâncias eméticas, uso de medicações e narcóticos.

Outras espécies de tratamento aos enfermos mentais envolvia a mutilação corporal, como por exemplo ocorria em países da Europa, com a *clitoridectomia*, ou seja, a extirpação do clitóris das mulheres dementes quando consideradas *histéricas*, *maníacas* ou *idiotas*, para desenvolvimento ou recuperação de suas capacidades mentais e intelectuais. Também utilizava-se, como tratamento e em ambos os sexos, a hipnose como forma de cura da mente do insano, ou ainda o acorrentamento do doente mental dentro de poços para que com a subida da água fosse curado pelo susto ou medo da morte, ou com o induzimento do enfermo a andar em piso traiçoeiro previamente ajustado para ceder e fazê-lo cair em um banho de surpresa com semi afogamento, ou ainda, balanço giratório do doente amarrado em macas ou cadeiras penduradas a uma máquina giratória, com velocidade de até cem giros por minuto, dentre muitas outras espécies de *tratamento* ou, nas palavras de John Conolly, *torturas engenhosas*, pelas quais acreditava-se obter a cura do doente mental, havendo Joseph Williams elencado pormenorizadamente diversas espécies de tratamento destinado aos dementes, indicando, inclusive, os médicos europeus que as utilizavam em seus respectivos países, quais eram favoráveis ou contrários a alguns dos tratamentos hostis e desumanos, e aduzindo ser proibida a visita em muitos dos asilos.⁶⁵

estabelecimento nos quais abrigam-se ou internam-se os deficientes mentais (alienados) de qualquer espécie para tratamento. Confira-se: ANFOSSO, Luigi. La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. p. 64.

⁶⁵ WILLIAMS, Joseph. An essay on the use of narcotics and other remedial agents calculated to produce sleep in the treatment of insanity. London: John Churchill. 1845. Segundo o autor, a irritação do clitóris às vezes causava sintomas maníacos e também ninfomania, como noticiado por Aetius, Platão, Haller e muitos outros, e podia ocasionalmente ser aconselhável remover o clitóris, como também recomendou Dubois. Prossegue o autor afirmando que um caso muito interessante de idiotia aparentemente ligada a hábitos irrestritos foi curada pelo Dr. Graefe de Berlim, e logo após a cirurgia (clitoridectomia) as faculdades intelectuais começaram a se desenvolver por si próprias na paciente. A citação encontra-se à p. 77. PINEL, Philippe. Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale. p. 308-368. PINEL, Philippe. A treatise on insanity. Sheffield, England: W. Todd. 1806. p. 244-264. CLARK, James. A memoir of John Conolly comprising a sketch of the treatment of the insane in Europe and America. London: John Murray. 1869. John Conolly, médico inglês, dedicou-se ao estudo da insanidade e defendeu a não restrição (*non-restraint*) aplicada através de cintos que prendiam pacientes às camas, macas ou cadeiras, tendo visitado vários países a fim de pesquisar o tratamento conferido aos deficientes mentais. Quanto ao tratamento dos alienados na Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Suécia,

Em alguns países europeus, como na Alemanha do século XV, conforme aponta Michel Foucault,⁶⁶ existiu o costume de despachar dementes em navios para terras distantes, ou mesmo entregá-los a mercadores itinerantes para que os levassem para longe, e frequentemente cidades da Europa viam tais *naus de loucos* atracar em seus portos.

2.21 O mito da ameaça do débil mental

No final do século XIX, leciona Harvey Gerald Simmons,⁶⁷ chegou a existir o chamado *mito da ameaça do débil mental* (*myth of menace of the feeble-minded*), ou *mito da ameaça do fraco da mente*, ou, ainda, podemos chamá-lo *mito da ameaça dos fracos de espírito*, decorrente de estudos britânicos e americanos, que foram até mesmo acolhidos no Canadá, os quais sugeriam que a debilidade mental transmitia-se por herança, que as mulheres débeis mentais tinham mais filhos do que aquelas mulheres de inteligência normal, e que, como classe, os débeis mentais estavam desproporcionalmente representados entre os grupos sociais problemáticos daquele tempo: criminosos, delinquentes, pobres, desempregados, e, especialmente, prostitutas. Acreditava-se que pobreza e delinquência eram herdadas da mesma maneira que componentes biológicos. As compreensões equivocadas de então influenciavam grandemente a forma como tratava a sociedade os enfermos mentais.

Noruega, Holanda, América, confira-se o capítulo XIII, p. 126-156. Quanto aos asilos destinados aos dementes em outros países da Europa continental, nas Colônias britânicas e Índia, veja-se os Apêndices, p. 227-298. CONOLLY, John. *The treatment of the insane without mechanical restraints*. London: Smith, Elder & Co. 1856. O autor analisa o tratamento asilar conferido em alguns países, tais como França, Alemanha e Grã-Bretanha. Sobre os diversos métodos antigos de tratamento, além dos acima citados, dos sujos e perturbadores asilos públicos e particulares, confira-se a p. 1-34. Confira-se ainda: RUSH, Benjamin. *Medical inquiries and observations upon the diseases of the mind*. Philadelphia: Kimber & Richardson. 1812.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva. 1978. p. 13-4. FOUCAULT, Michel. *Histoire de la folie à l'âge classique*. Paris: Gallimard. 1972. p. 19. Segundo o autor, no capítulo denominado "nau dos loucos", o vazio deixado pela erradicação da lepra ainda na idade média, mercê da segregação social decorrente da existência de milhares de leprosários, forneceu solo fértil para que outras doenças atraíssem atenção da sociedade e se tornassem verdadeiro bode expiatório, permitindo a retomada dos jogos de exclusão (*jeux de l'exclusion*) social com a utilização dos asilos como locais de cura de doenças venéreas, e, posteriormente, das enfermidades mentais.

⁶⁷ SIMMONS, Harvey Gerald. *From asylum to welfare*. Downsview, Ontário (Canada): National Institute on Mental Retardation. 1982. p. 50. O autor narra a experiência canadense desde o ano de 1831 e a influência europeia, bem como retrata o surgimento dos asilos canadenses para deficientes mentais e a posterior política de desinternação. Segundo o autor (p. 85), o termo *feeble-minded* (fraco da mente, débil mental), desde 1840, tem sido utilizado na América do Norte em dois sentidos diferentes: como sinônimo para todas as pessoas com retardo mental, ou seja, da mesma forma que o termo deficiência mental, ou utilizado para referir-se aos elevados níveis de retardo mental, a todas as pessoas com retardo mental fronteiro à inteligência normal, sentido prevalente na Grã Bretanha e que chegou a receber definição legal em 1913 com a lei de deficiência mental (Mental Deficiency Act).

2.22 Asilos e manicômios na América do Norte

Nos Estados Unidos da América e no Canadá houve, igualmente, um avanço na criação de asilos e manicômios para tratamento dos enfermos mentais,⁶⁸ cujos médicos e governos espelhavam os mesmos tratamentos utilizados pelos países europeus, com profusão de estudos na área da saúde mental, conforme se verifica, inclusive, das publicações do *American Journal of Insanity*,⁶⁹ desde meados do século XIX. Interessante notar que mesmo diante de uma concepção alienista de internação manicomial sempre houve em vários países o serviço de capelania aos enfermos mentais. Conforme se extrai do segundo volume da revista retro mencionada, capelanias nos asilos destinados aos *lunáticos* não são de origem moderna. Desde 1677 já havia um Capelão no Hospital de Lunáticos Belém, em Londres, cuja atribuição era visitar os lunáticos para instruí-los e orar com aquele que fossem minimamente capazes para isso. O mesmo ocorria em outros asilos na Grã-Bretanha e mesmo em outros países. Algumas instituições para insanos possuíam duas capelanias, sendo uma Católica Romana e a outra Protestante, com dois serviços religiosos aos domingos, a fim de que os enfermos da fé católica e da fé reformada pudessem ser atendidos.⁷⁰

2.23 A incapacidade mental e as Artes

A representação da enfermidade mental nas artes demorou a ser verificada, como apontam Jean-Martin Charcot e Paul Richer,⁷¹ o quais procuraram mostrar o lugar que os acidentes externos da neurose histérica ocuparam na Arte durante o período em que foram

⁶⁸ TUKE, Daniel Hack. *The insane in the United States & Canada*. London: H. K. Lewis. 1885.

⁶⁹ O primeiro volume do *American Journal of Insanity*, órgão oficial da Associação Médico-Psicológica Americana, é julho de 1844, editado pelos diretores do Asilo de Lunáticos do Estado de Nova Iorque, na cidade de Utica, e impresso por Bennet, Backus, e Hawley. Todas as edições da revista trazem artigos sobre diversos aspectos do tema, e ainda, apresentam um alargado panorama da situação não apenas nos Estados Unidos da América, mas também no Canadá e mesmo nos países europeus.

⁷⁰ *American Journal of Insanity*. Edited by the Officers of the New York State Lunatic Asylum, Utica. v. 2. Utica: Bennett, Backus, & Hawley. October, 1845. p. 115-23.

⁷¹ CHARCOT, Jean-Martin; RICHER, Paul. *Les démoniaques dans l'art*. Paris: Adrien Delahaye et Émile Lecrosnier, Editeurs. 1887. p. viii-x. Na obra os autores demonstram sua tese com inúmeras gravuras e pinturas.

considerados não como doença mas como perversão da alma pela presença do demônio e suas ações. Segundo os autores, a antiguidade, não nos forneceu nenhum material para estudo, pois parece ter sempre evitado pintar a doença, vez que no máximo limitou-se a representar alguns casos de deformidade. Lecionam os autores que as primeiras representações de endemoniados encontrados datam do século V ou VI, os quais têm acima de tudo um caráter sagrado.

Mais tarde, na Idade Média, reproduziu-se cenas da vida dos santos e seus domínios religiosos. Na época do Renascimento a arte acompanhou o luxo nas igrejas, adquirindo feição suntuosa. Os artistas espanhóis concentraram-se particularmente na representação de personagens com êxtase no rosto e nos gestos. Algumas representações do período possuíam conotação caricatural e anedótica. Nas artes mais recentes passar-se-ia ao caráter mais documental. Nas mais antigas representações de endemoniados, que remontam a século V e VI da era moderna, a possessão é retratada de uma maneira toda convencional, e o possuído não apresenta nenhuma especial característica, nem seus traços, nem sua atitude, sendo que a presença do demônio de forma visível ao deixar o corpo de sua vítima é o único sinal que permite reconhecer as cenas de exorcismo. Os gregos haviam representado a alma saindo do corpo na forma de um pequeno fantasma, o *eidolon*, mantendo a semelhança do corpo, ou na forma de uma pequena figura alada nua, sempre pintada de preto, parecendo que este último modo de representação de uma substância espiritual tenha guiado os artistas cristãos na suas primeiras representações do demônio, de maneira que os artistas o reproduziam como uma forma de gênio, de um pequeno ser nu, às vezes alado, escapando da boca ou do crânio do exorcizado. Mais tarde, o demônio apareceria nas artes com chifres, cauda e garras, e até assumindo formas estranhas, o que podemos ver mesmo nos quadros de grandes artistas da Renascença, que por vezes retrataram diabinhos fugindo para os cantos da tela. Assim, as imagens populares e religiosas nos legaram grande número de cenas de possessão, de maneira que para honrar um santo, seguindo o costume cristão, representavam-no em situações da vida que demonstravam sua santidade, geralmente exorcizando pessoas endemoniadas.

3 A PESSOA, A CAPACIDADE CIVIL E O ESTADO CIVIL

3.1 A pessoa e a capacidade civil

Vimos acima que o direito civil tem por objeto as pessoas, os bens e a forma de transmissão desses bens,⁷² sendo que a pessoa tem papel preponderante pois sem esta não existiriam aqueles. E, como decorrência lógica, é de igual importância a noção de estado e capacidade⁷³ das pessoas, temas que são objetos de reflexão desde a antiguidade.⁷⁴ Tal compreensão leva em consideração o fato de que os sujeitos dos direitos e titulares das relações jurídicas são os homens, como afirma Roberto de Ruggiero,⁷⁵ ou seja, as pessoas físicas e os entes ou corpos morais, que são as pessoas jurídicas, das quais aqui não trataremos.

Adverte Miguel Maria de Serpa Lopes que a *capacidade civil* é um dos atributos da *pessoa*, mas não deve ser confundida com a noção de *pessoa*.⁷⁶ A palavra *pessoa*, segundo a doutrina,⁷⁷ provém do latim *persona* (*personare, risuonare*), ligada à representação teatral na antiguidade, e significava, inicialmente, *máscara*, uma vez que os atores adaptavam uma máscara ao rosto para fazer mais sonora e abrangente a voz, ou seja, reforçar a voz, a fim de que pudessem ecoá-la perante a plateia. Nestas máscaras, numa abertura que se ajustava aos

⁷² PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano. p. 117. ELÍAS, Clemente Fernández. Novíssimo tratado histórico filosófico del derecho civil español. v. 1. 2. ed. Madrid: Librería del Leocadio Lopez Editor. 1880. p. 295.

⁷³ Confira-se, sobre a capacidade civil: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. p. 658. Confira-se ainda, à p. 644, o que discorrem os autores sobre *incapacidade e vulnerabilidade*. Confira-se ainda: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Introdução ao direito civil. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2018.

⁷⁴ BOMFIM, Silvano Andrade do. *Verbetes: Pessoa natural – estado civil*. In Dicionário de direito de família. Coords. LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando. Cons. BENETI, Sidnei Agostinho. São Paulo: Atlas. 2015. v. 2. p. 808-16.

⁷⁵ RUGGIERO, Roberto de. Instituições de direito civil. v. 1. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva. 1934. p. 339.

⁷⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. v. 1. 8. ed. rev. e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996. p. 285.

⁷⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro. v. 2. t. 2. p. 26-7. PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano. v. 1. p. 117.

lábios havia, segundo aponta Antônio Chaves⁷⁸, umas lâminas metálicas que aumentavam a sonoridade e o volume da voz, ou seja, *vox personabat*.

Personare, portanto, significa fazer ressoar, ecoar, fazer retumbar, ferir com um som, atroar. A palavra *persona* passou, posteriormente, a significar – mais do que simplesmente a máscara que fazia ecoar a voz daquele que a utilizava – o próprio papel representado pelo ator no drama teatral, vez que a máscara, lecionam Gabriel Baudry-Lacantinerie e Maurice Houques-Fourcade,⁷⁹ exprime materialmente o caráter do personagem, razão pela qual a palavra *persona* passou a significar a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico, chegando, finalmente, a significar o próprio indivíduo que no mundo representa uma parte da vida social, noção que hoje conhecemos.⁸⁰ No sentido jurídico, *pessoa* é todo o *sujeito* a quem competem direitos.⁸¹

Assim, pessoa física, civil ou natural é o homem considerado como sujeito de direitos e de obrigações, ou ainda, é o homem numa determinada atitude da sociedade civil.⁸² Portanto, pessoa é todo ser capaz de possuir direitos e obrigações.⁸³ Todo homem é capaz de ter direitos e obrigar-se, e, portanto, todo homem é pessoa. Nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo,⁸⁴ pessoa é o ente que pode praticar atos jurídicos, e não propriamente o sujeito de direitos. A capacidade é regra geral, e a incapacidade é excepcional. Em outras palavras, pessoa é o homem considerado em seus direitos, qualquer que seja sua idade, sexo e condição.⁸⁵ Daí procede o *princípio* da personalidade jurídica, consistente na capacidade para

⁷⁸ CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1982. p. 305. Confira-se ainda: TAVARES, José Maria Joaquim. Os princípios fundamentais do direito civil. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, Lim. 1922. p. 61.

⁷⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; HOUQUES-FOURCADE, Maurice. Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes. 2. ed. Paris: Larose. 1902. v. 1. p. 259. A obra dos autores relativamente à pessoa abrange quatro volumes, sendo uma das mais completas para o estudo do tema.

⁸⁰ PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano. p. 117. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: parte geral. v. 1. 45. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 77.

⁸¹ ROCHA, Manuel António Coelho da. Instituições de direito civil português. v. 1. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1852. p. 34. MOREIRA, Guilherme Alves. Instituições de direito civil português. v. 1. 1907. p. 152 e ss.

⁸² BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1929. p. 83-4.

⁸³ ELÍAS, Clemente Fernández. Novíssimo tratado histórico filosófico del derecho civil español. v. 1. p. 296.

⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. tir. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 34.

⁸⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. Direito civil de Portugal. v. 1. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha. 1851. p. 65.

direitos e obrigações. Nas palavras de Manuel Maria da Silva Bruschy, capacidade jurídica é a reunião em um só indivíduo, dos direitos e obrigações.⁸⁶

Nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto,⁸⁷ "*sujeitos de direito* são os entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas", sendo, pois, sujeitos direitos as *peessoas*, singulares ou coletivas. A *personalidade jurídica*, aduz o autor, traduz-se precisamente na aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas, e decorre da exigência do direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos. Assim, a personalidade jurídica consiste na aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, ou por outras palavras, na idoneidade para receber efeitos jurídicos. Antonio Junqueira de Azevedo leciona que a *personalidade*, do ponto de vista jurídico, é justamente a *possibilidade de agir* no campo do direito, que a ordem jurídica atribui a certos entes.⁸⁸

Por conseguinte, à personalidade jurídica é inerente a *capacidade jurídica* ou *capacidade de gozo de direitos*, sendo a pessoa um ente capaz de direitos e obrigações. Ao lado da capacidade de gozo fala-se na capacidade jurídica para exprimir a aptidão de titularizar direitos, com maior ou menor restrição quanto às relações jurídicas a depender do sujeito. Trata-se da *capacidade de exercício de direitos*, também chamada de *capacidade para o exercício de direitos*, expressão que Carlos Alberto da Mota Pinto afirma não ser muito feliz por sugerir referir-se unicamente da suscetibilidade de exercitar direitos, deixando de fora o cumprimento de obrigações e aquisição de direitos ou a assunção de obrigações, afirmando o autor ser melhor falar-se em *capacidade de agir*, como o fazem os juristas germânicos.

A capacidade de exercício ou capacidade de agir é a idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio ou mediante um representante voluntário ou procurador, e a

⁸⁶ BRUSCHY, Manuel Maria da Silva. Manual do direito civil portuguez. v. 1. 2. ed. Lisboa: Editores Rolland & Semiond. 1868. p. 2.

⁸⁷ PINTO. Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. p. 193-6 e 220.

⁸⁸ AZEVEDO, António Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. p. 34. O autor, conquanto reconheça que, em geral, define-se a personalidade, no direito brasileiro, como a aptidão para adquirir direitos (ou para ser sujeito de direitos, ou para ser sujeito de relação jurídica), aduz que essa definição, todavia, peca por ser excessivamente ampla, já que há sujeitos de direitos que não são pessoas, como o nascituro, entre os entes assemelhados às pessoas físicas, e o condomínio em edificações, as sociedades de fato, e a própria família, entre os entes assemelhados às pessoas jurídicas.

pessoa dotada desta capacidade de agir o faz pessoalmente, não necessita se fazer substituir por *representante legal*, vez que atua *autonomamente*, sem consentimento de outrem (*assistente*) anterior ou posterior ao ato praticado. Na ausência desta aptidão para atuar pessoal e autonomamente nas relações jurídicas estar-se-á diante de uma incapacidade de exercício de direitos, que pode ser genérica ou específica, quer ser referida a atos jurídicos em geral ou apenas a determinados atos, podendo essa incapacidade ser suprida pela *representação legal* ou pela *assistência*. A capacidade para agir supõe uma capacidade natural de querer e entender. Entre aqueles que devem estar desprovidos de capacidade de exercício estão os que por anomalia mental não possuam discernimento, sendo hipótese de *incapacidade de exercício*.

3.2 A capacidade jurídica no direito romano e a noção de *status*

Segundo o direito romano a personalidade jurídica (aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações) e a capacidade jurídica⁸⁹ (o limite ou extensão dessa aptidão) não se confundiam com a capacidade de fato (aptidão para praticar, por si só, atos que produzem efeitos jurídicos), e, a princípio, para que o ser humano pudesse adquirir personalidade jurídica necessitava ele de duas qualidades, ser livre, e ser cidadão romano, de sorte que para a capacidade jurídica plena ainda seria necessário que se estivesse diante de um *pater familias* (chefe de uma família). Esse escalonamento de posições do homem para com o Estado ou para com a família denominava-se *status* (estado), divididos em três esferas: *status libertatis* (estado de liberdade), pelo qual o homem era livre, liberto ou escravo, *status civitatis* (estado de cidade), pelo qual o homem era cidadão ou peregrino, e *status familiae* (estado de família), que dizia respeito à posição de uma pessoa dentro da família, sendo *pater familias* ou *filius familias*.⁹⁰

⁸⁹ Sobre *capacidade*, em seu tratado de direito romano Savigny destaca um exemplar inteiro ao assunto. Confira-se: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. v. 2. Traduit de l'Allemand par M. Charles Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères. 1855. Confira-se ainda: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía Y Manuel Poley. v. 1. Madrid: F. Góngora Y Compañía, Editores. 1878. p. 272 e seguintes.

⁹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 122.

As palavras *status* e *caput* são sinônimos em direito romano. O *status*, portanto, era a condição civil de capacidade, e a mudança de estado ocasionada pela perda de um destes *status* (liberdade, cidadania, posição dentro de uma família) era chamada *capitis deminutio*, a qual, dependendo da seara em que verificada, podia ser máxima, média ou mínima, sendo esta última a que ocorria no *status familiae*, e não afetava os demais *status*. Uma vez apartada a sociedade do pensamento escravagista de outrora, distanciando-se da noção de dominação do semelhante, e fundada na concepção humanista de que todos os homens nascem livres, o *status libertatis* (estado de liberdade) perdeu sua importância, permanecendo, porém, a noção de *estado de cidade e estado de família*.⁹¹

3.3 O estado da pessoa

O estado da pessoa, todavia, é atributo de conceituação vaga, consistente “no modo particular de existir das pessoas”, cuja precisão, como vimos acima, necessariamente invocará o direito romano.⁹² Em outras palavras, o estado é a maneira pela qual a pessoa se coloca na sociedade, sendo seu estado sua posição social;⁹³ trata-se de uma situação jurídica resultante de certas qualidades da pessoa, ou, por outras palavras, possuir um estado significa apresentar-se na vida social tendo uma determinada situação jurídica, ou seja, é gozar das vantagens e sofrer os incômodos correspondentes a esse mesmo estado.⁹⁴ Na doutrina brasileira, a noção de *status* coliga-se à de capacidade, sendo o *status* uma qualidade jurídica que decorre da inserção de um sujeito numa determinada categoria social, irradiando direitos e deveres a este sujeito.⁹⁵ Todas as pessoas físicas têm como atributos jurídicos um *estado civil*, um *domicílio* e um *patrimônio*, de maneira que o estado é a situação jurídica permanente de uma pessoa em relação à sociedade ou à Nação, ou à família.⁹⁶

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense. 1989. p. 85.

⁹² LIMONGI FRANÇA, R. Manual de direito civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980. p. 146.

⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 31.

⁹⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral..., p. 92-4.

⁹⁵ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 22. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 119.

⁹⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Princípios de direito civil luso-brasileiro: parte geral. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1951. p. 73.

A pessoa, portanto, pode ser visualizada sob três aspectos: a) sua posição na sociedade política; b) sua posição na sociedade familiar; c) sua condição física. Por conseguinte, os estados podem ser *político, familiar e individual*, sendo este último estado nominado por Clóvis Bevilacqua como *físico*.⁹⁷

Há na doutrina quem entenda existir também o *estado profissional*, por haver na atividade econômica o desenvolvimento do complexo das relações jurídicas,⁹⁸ mas a profissão não dá *estado*, ou seja, as qualidades que decorrem da profissão, como por exemplo, a de magistrado, militar, sacerdote, funcionário público, operário, comerciante, empresário etc., não são estados na rigorosa terminologia jurídica, embora da profissão irradiam direitos e obrigações especiais,⁹⁹ ou por outras palavras, as qualidades profissionais não conferem *estado*, muito embora em razão delas o indivíduo tenha direitos e se sujeite aos deveres que lhe são inerentes.¹⁰⁰

3.3.1 O estado político

No tocante ao estado político, as pessoas podem ser divididas entre nacionais ou estrangeiros, sendo matéria concernente ao direito constitucional e ao direito internacional privado, de maneira que a Constituição estabelece – ao tratar de seus nacionais – quem são os brasileiros natos ou naturalizados (art. 12 da CRFB/88), e, por conseguinte, quem são os estrangeiros – cuja situação jurídica era outrora definida pela Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), regulamentada pelo Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, tema atualmente regido pela Lei 13.445, de 24-5-2017, que instituiu a nova Lei de Imigração e revogou o Estatuto do Estrangeiro, regulamentada pelo Decreto 9.199, de 20-11-2017 –, afirmando quais são os direitos e limitações de cada um deles, conferindo, por exemplo, tratamento e regras especiais de naturalização aos nacionais oriundos de países de

⁹⁷ BEVILACQUA, Clóvis. *Theoria geral...*, p. 93.

⁹⁸ LIMONGI FRANÇA, R. *Manual...*, v. 1. p. 146.

⁹⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. 2. ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. v. 1. t 1. Anotado por José de Aguiar Dias. São Paulo: Max Limonad. 1955. p. 237.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. v. 1. 33. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 224.

língua portuguesa, ou seja, àqueles provenientes de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Timor Leste, São Tomé e Príncipe, Portugal e Cabo Verde (art. 12, II, “a”, da CRFB/88).

Cumpra lembrar a especial situação do português (art. 12, § 1º, da CRFB/88) que preencha os requisitos do Estatuto da Igualdade entre brasileiros e portugueses, de que trata o art. 12 e seguintes do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro/BA, em 22 de abril de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 165, de 30 de maio de 2001, e promulgado pelo Decreto 3.927, de 19 de setembro de 2001. Referido Estatuto da Igualdade estabelece, nas palavras de Alexandre de Moraes,¹⁰¹ uma condição de *quase nacionalidade* ao português, conferidora de equiparação com o brasileiro naturalizado, sem, contudo, perder sua nacionalidade portuguesa, permitindo-se-lhe, ainda, emissão de documentos de identidades de modelos iguais aos brasileiros (art. 22 do Decreto 3.927/01), e até mesmo o gozo de direitos políticos, podendo votar e ser votado no Brasil, desde que suspenso este direito em seu país de origem (art. 17, § 3º, do Decreto 3.927/01).

O estado político da pessoa pode sofrer determinadas limitações, sendo estas encontradas na própria Constituição e em leis extravagantes. Cumpra lembrar, apenas a título de exemplo, entre outras, as regras constitucionais que estabelecem distinções entre brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros, relativas à possibilidade de extradição (art. 5º, LI e LII), aos cargos privativos de brasileiro nato (art. 12, § 3º), ao alistamento eleitoral (art. 14, § 2º), às condições de elegibilidade (14, § 3º), ao acesso a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I), à possibilidade de integrar o Conselho da República (art. 89, VII), às limitações impostas aos estrangeiros no tocante à aquisição ou arrendamento de propriedade rural (art. 190), à proibição de estrangeiros ou brasileiros naturalizados há menos de dez anos serem proprietários de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 222), além de muitas outras regras limitativas do estado político do estrangeiro apontadas pela doutrina.¹⁰²

O estado político pode até mesmo ser bruscamente alterado, como corre com a perda da nacionalidade do brasileiro nato¹⁰³ ou naturalizado nas hipóteses do art. 12, § 4º, da

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 37. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2021. p. 288.

¹⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. Curso..., v. 1. p. 105-7.

¹⁰³ O inciso I do § 4º, do art. 12, da Constituição da República prevê a perda de nacionalidade do brasileiro nato que adquirir outra nacionalidade, excepcionado o reconhecimento de nacionalidade originária por País estrangeiro, bem como imposição pela lei estrangeira de naturalização como condição de permanência ou

Constituição, e, tratando-se de perda por parte do brasileiro nato somente recuperava ele a nacionalidade por decreto do Presidente da República, conforme dispunha o art. 36 da Lei 818/49, revogada pela Lei 13.445/2017, cujo art. 76 permite a reaquisição da nacionalidade uma vez cessada a causa que a gerou, e atribui hoje a competência a órgão do Poder Executivo, enquanto que aquele cuja naturalização foi cancelada em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, hipótese do inciso I do § 4º, do art. 12, da Carta, nunca poderá recuperar a nacionalidade brasileira, salvo se o cancelamento for desfeito em ação rescisória.¹⁰⁴

3.3.2 O estado individual ou físico

Por outro lado, o estado individual ou físico diz respeito à condição física da pessoa, e pode ser verificado sob os aspectos concernentes à idade, que escalona as pessoas entre maiores e menores, emancipadas ou não emancipadas, capazes ou incapazes, ao sexo, que diferencia as pessoas entre homem e mulher – e que pode hoje ser modificado sem que haja obrigação de cirurgia de transgenitalização ou de redesignação sexual¹⁰⁵ –, e à saúde, que distingue as pessoas por sua sanidade ou insanidade, podendo ser interditadas ou plenamente capazes. Assim, a menoridade abaixo dos dezesseis anos e a insanidade mental grave, por exemplo, são causas de incapacidade absoluta. O sexo deixou de ter relevância como fator

exercícios de direitos civis. Sobre esta regra confira-se interessantes julgados: STF, 1ª Turma, MS 33.864, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.4.2016, DJe 20.9.2016. STF, 2ª Turma, MS 36.359, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.2.2020. DJe 27.5.2020. STF, Pleno, AR 2800, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes, maioria de votos. j. 11.10.2021.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 337.

¹⁰⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 4275, rel. Min. Marco Aurélio, red. do Acórdão Min. Edson Fachin, m.v., j. 1.3.2018, DJe 7.3.2019. Nesta ação direta de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, asseverou, conforme se extrai da ementa: "DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente."

desigualador do ser humano diante do princípio da isonomia e da moderna compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3.3 O estado familiar

Por último, temos o estado familiar (a posição da pessoa na família), o estado civil mais importante do homem,¹⁰⁶ a principal fonte do estado civil do indivíduo,¹⁰⁷ sendo, segundo a doutrina, duas as situações nas quais pode estar inserido o ser humano: a) a de cônjuge; b) a de parente.

Relativamente à situação de conjugalidade, pode o indivíduo ser: a) casado, quando ligado a outrem pelos vínculos do matrimônio (art. 1.511 do CC; art. 226, § 1º, da CRFB/88); b) solteiro, quando não estiver ligado a outrem pelo casamento, ou por nunca ter se casado, ou por ter sido declarado nulo ou ter sido decretada a anulação do casamento, observadas as regras do casamento putativo, contraído de boa-fé por um ou ambos os nubentes (arts. 1.561 e 1.571 do CC); c) viúvo, quando o casamento foi extinto pelo falecimento do outro cônjuge; d) separado de direito, que abrange o separado judicialmente e o separado extrajudicialmente, sendo este último aquele cuja separação foi realizada por escritura pública perante Tabelião de Notas, nos termos da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que acrescentou o art. 1.124-A ao revogado Código de Processo Civil de 1973, e da Resolução 35/2007, do Conselho Nacional de Justiça, bem como nos termos do art. 733 do vigente Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)¹⁰⁸ e; e) divorciado, cujo vínculo matrimonial foi desfeito pelo divórcio judicial ou extrajudicial, sendo este último realizado por escritura pública perante Tabelião de Notas, ou, tratando-se de brasileiros, perante as autoridades consulares brasileiras no exterior

¹⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Verbete: estado civil. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). vol. 33. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 459.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado..., v. 1. t 1. 1955. p. 241.

¹⁰⁸ Inobstante vozes na doutrina (como por exemplo, Flávio Tartuce, Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Pablo Solze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Daniel Amorim Assunção) defendam a extirpação da separação após a Emenda Constitucional 66/2010, que trouxe previsão do divórcio direto, independente de requisito temporal, foi, todavia, mantida pelo Código de Processo Civil vigente, conforme se verifica nos arts. 23, III; 53, I; 189, II e § 2º; 693; 731; 732 e 733. Entre os que defendem a manutenção da separação judicial encontram-se, por exemplo, Mário Luiz Delgado, Luiz Felipe Brasil Santos, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bondin de Moraes, Heloísa Helena Barboza, Arnaldo Rizzardo, Maria Helena Diniz e Regina Beatriz Tavares da Silva. Confira-se, por todos: TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito de família. v. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 258 e seguintes. No capítulo 4 da obra o autor narra pormenorizadamente a questão.

(art. 18, §§ 1º e 2º, da LINDB), quando inexistirem filhos menores ou incapazes (art. 733, CPC/2015).

Com relação ao estado civil do *separado judicialmente*, do *separado extrajudicialmente* e do *divorciado*, duas observações se fazem necessárias. A primeira, diz respeito à inovação trazida pela Lei 11.441/07, a qual introduziu o art. 1.124-A no Código de Processo Civil, diploma esse revogado com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, que instituiu novo Código de Processo Civil, mas que manteve a regra no art. 733, permitindo que casais sem filhos menores ou incapazes possam realizar, por escritura pública, a separação e o divórcio consensuais, desafogando o Poder Judiciário, e prestigiando a celeridade.¹⁰⁹ A segunda observação diz respeito ao advento da Emenda Constitucional 66/2010, que alterou a redação do art. 226, § 6º, da Constituição, a qual passou a asseverar, tão somente, que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, o que levou ao entendimento majoritário de que foi extinta do direito brasileiro a figura da separação de direito, ou seja, de que não existe mais a separação judicial nem a separação extrajudicial, entendimento que já defendemos no passado mas hoje pensamos não subsistir à interpretação sistemática do direito.¹¹⁰ Independentemente de se entender pelo fim ou manutenção da separação de direito,

¹⁰⁹ A Resolução 35/2007 do CNJ dirimiu as inúmeras divergências havidas, e asseverou, entre outras disposições, ser faculdade do casal optar entre a via judicial ou extrajudicial, mesmo quando aptos a fazê-lo por esta última (art. 2º). Com isso, demonstrou-se a ilicitude de decisões judiciais que extinguíram inúmeras ações de separação ou divórcio, obrigando as partes envolvidas a realizarem tais atos exclusivamente em Tabelionato de Notas.

¹¹⁰ Importante apontar que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.247.098 – MS, sendo relatora a eminente Min. Maria Isabel Gallotti, ocorrido em 14.3.2017, DJe 16.5.2017, asseverou, por maioria de votos, que a Emenda Constitucional 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. sendo esta a ementa: "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido." O mesmo entendimento foi afirmado pela Terceira Turma do STJ no REsp 1.431.370 – SP, relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, votação unânime, j. 15.8.2017, DJe 22.8.2017, sendo esta a ementa: "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. 2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. 3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015). 4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. 5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o

em um ponto a doutrina é concorde: aqueles que obtiveram a separação de direito (judicial ou extrajudicial) antes da retromencionada Emenda Constitucional mantêm o *status* de *separados*, em razão do princípio de proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Registre-se ainda que podem eles, cônjuges, por escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio (art. 52 da Resolução 35/2007, do CNJ), ou requererem o decreto judicial de divórcio, ou ainda, caso assim pretendam, optar pelo restabelecimento da sociedade conjugal, judicial ou extrajudicialmente, sem que necessitem se casar novamente com a mesma pessoa vez que não extinto o vínculo conjugal.

Outra reflexão importante quanto ao *status* que decorre da conjugalidade, diz respeito à união estável, uma das formas de constituição de família com proteção constitucional (art. 226, § 3º, da CRFB/88) e infraconstitucional (art. 1.723 do CC), cujos efeitos e reflexos foram, no passado, amplamente tratados pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. O legislador até hoje não fez inserir no Código Civil ou mesmo na Lei de Registros Públicos o estado civil de *convivente* ou *companheiro*. Mesmo silente o Congresso Nacional a respeito, a doutrina aponta que o estado familiar posiciona o ser humano, entre outros, no de *companheiro* ou *convivente*,¹¹¹ de maneira que o estado de *companheiro* é qualidade jurídica a que não se pode negar a condição de estado familiar,¹¹² merecendo severa crítica o silêncio discriminatório do legislador, ao parecer chancelar a perversa ideia de existência de *família de segunda classe*.¹¹³

Quanto ao estado familiar que insere o ser humano na condição de parente, o estado será diferenciado em razão do grau, ou seja, na distancia de uma geração para outra. O parentesco pode ser *consanguíneo* quando estabelecido em razão de laços de sangue, oriundo de um mesmo ancestral ou tronco comum, e funda-se na *comunidade de geração*.¹¹⁴ Em razão disso, a pessoa, no parentesco consanguíneo, pode ter o *status* de filho, pai, neto, primo, sobrinho, tio etc., cumprindo lembrar que na linha colateral, também chamada de transversal,

período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. 6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. 7. Recurso especial não provido." Anteriormente entendíamos pela extinção da figura da separação de direito do ordenamento jurídico. Hoje, porém, após detida reflexão e estudo aprofundado da matéria entendemos pela sua manutenção no sistema pátrio sem que haja afronta à EC 66/2010.

¹¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral..., p. 32.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 182.

¹¹³ TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. v. 1. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense. 2021. p. 263.

¹¹⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado..., v. 1. t 1. 1955. p. 243.

o parentesco vai até o quarto grau (art. 1.592 do CC). Igualmente, pode o parentesco ser *afim*, ou seja, por afinidade, quando estabelecido entre cada um dos cônjuges com os ascendentes, descendentes e colaterais do outro. No parentesco por afinidade, pode a pessoa ter o *status* de sogro, cunhado, enteado etc.

3.4 A regulação do estado da pessoa

O estado da pessoa é regulado por normas de ordem pública, sendo vedado aos indivíduos a modificação de tais preceitos. Embora os preceitos e normas cogentes não se alterem pela vontade das pessoas, o estado pessoal pode ser alterado pela vontade individual, como por exemplo, o solteiro ou divorciado pode se casar, o casado pode se divorciar, o estrangeiro pode naturalizar-se brasileiro, o menor pode emancipar-se.

3.5 Características do estado da pessoa

São características do estado da pessoa a indivisibilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade.¹¹⁵ Indisponibilidade não significa imutabilidade, pois como vimos acima permite-se alteração quando observados certos requisitos legais. Indisponibilidade significa que não podem as partes negociar, transacionar ou renunciar seu estado, estando o estado pessoal fora do comércio; daí porque o estado, além de irrenunciável, também é inalienável, ou seja, ninguém pode transferir outrem, sob pena de nulidade absoluta, sua condição pessoal de filho, mãe, marido, avô etc., não sendo exceções nem mesmo as hipóteses de extinção ou suspensão do poder familiar (arts. 1.635 a 1.638 do CC; arts. 155 a 163 do ECA). A imprescritibilidade do estado da pessoa significa que pelo decurso do tempo ninguém adquire ou perde o *status*, mas a indisponibilidade e imprescritibilidade do estado não impede que sejam disponíveis e prescritíveis os direitos pecuniários que desse mesmo estado decorrem, não se confundindo com o estado os direitos e obrigações patrimoniais que dele emanam,¹¹⁶

¹¹⁵ GOMES, Orlando. Introdução..., p. 121.

¹¹⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado..., v. 1. t 1. 1955. p. 240.

como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de cessão de direitos hereditários, e com a prescrição da ação de petição de herança (Súmula 149 do STF), sendo decenal o prazo prescricional da referida ação. O estado também é uno e indivisível, não podendo a pessoa possuir dois estados antagônicos e contrapostos, ou seja, não pode ser solteira e casada ao mesmo tempo, não pode ser menor e maior ao mesmo tempo, nacional e estrangeiro ao mesmo tempo, salvo nos casos de dupla ou múltipla nacionalidade conferida por país estrangeiro na modalidade originária, decorrente do *jus soli* ou do *jus sanguinis*.

As características relativas à imprescritibilidade, à unidade e indivisibilidade merecem esclarecimentos diante da alteração de paradigmas do direito de família ocorrida nos últimos anos. No tocante à imprescritibilidade do estado pessoal, a doutrina aponta que ninguém perde o estado nem o adquire por usucapião;¹¹⁷ todavia, o conceito de socioafetividade, elencada como princípio norteador do direito de família moderno, e que encontra fundamento na *posse de estado de filho*, tem alterado esta ideia de estado imprescritível, pois a socioafetividade cria vínculo jurídico, gerando até mesmo a filiação socioafetiva,¹¹⁸ passível de declaração judicial, com todos os reflexos daí decorrentes (Enunciados 339 e 519 do CJF/STJ), como tem asseverado a jurisprudência pátria. Ainda no que diz respeito à imprescritibilidade, o vigente Código Civil traz regra limitadora do direito do menor que teve sua filiação reconhecida intentar ação de repúdio ou ação de impugnação do reconhecimento de paternidade, estabelecendo *prazo decadencial* de quatro anos, com início após atingida a maioridade (art. 1.614 do CC), o que mostra-se exceção à regra da imprescritibilidade do estado, que já constava na legislação especial (art. 27 do ECA). Esse prazo legal de quatro anos, findo o qual fica impedido o filho de impugnar seu reconhecimento quando menor, não se compatibiliza com a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade,¹¹⁹ sendo a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é imprescritível a ação para impugnar o reconhecimento de paternidade ocorrido durante a menoridade.¹²⁰

No tocante às características de unidade e indivisibilidade, também sofre alteração um de seus exemplos clássicos, qual seja, o de que ninguém pode ser filho de dois pais ou de duas mães, e essa alteração se dá diante da nova compreensão de *multiparentalidade*,

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito..., v. 1. p. 185.

¹¹⁸ Confira-se por todos: CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

¹¹⁹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 606.

¹²⁰ CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao código civil: parte especial: direito de família. v. 18. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 155.

pluriparentalidade ou *poliparentalidade* no direito de família moderno¹²¹, permitindo-se hoje, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal¹²² e do Superior Tribunal de Justiça,¹²³ a possibilidade do indivíduo possuir dois pais ou duas mães em razão

¹²¹ Confira-se, por todos: CASSETARI, Cristiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2017. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. v. 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 111-5. Quanto à evolução da filiação, consulte-se: VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*. São Paulo. 1996. Tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para provimento do cargo de Professor Titular. p. 142-8. Ao referir-se sobre a evolução do direito de filiação o autor afirma que muito embora outras matérias do direito civil tenham experimentado inúmeras alterações a que recebeu maior impacto de sucessivas reformas legislativas foi a filiação, e que "[t]abus e dogmas, princípios e preconceitos, foram firmados e superados nesse fértil campo, servindo muitas vezes a realidade social como ponto de partida para a reforma dos padrões normativos originariamente rígidos, da família, da filiação e da sociedade conjugal". Nesse sentido, prossegue o autor, "[a] jurisprudência desempenhou importante papel como personagem de relevo, estabelecendo autêntica revolução e verdadeiro prenúncio, com ampliação dos contornos legislativos dados à filiação, servindo de base para a legislação póstera".

¹²² STF, RE 898.060 – SC, Tribunal Pleno, repercussão geral reconhecida, Tema 622, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016, DJe 24.8.2017, trânsito em julgado em 6.6.2019. Na ação retro referida o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Extraí-se da ementa os seguintes trechos: "12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

¹²³ STJ, REsp 1.487.596 – MG, 4ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 28.9.2021, DJe 1.10.2021. Confira-se a ementa: "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO. PAI BIOLÓGICO. PAI SOCIOAFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer, em sede de repercussão geral, a possibilidade da multiparentalidade, fixou a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (RE 898060, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21.9.2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017). 2. A possibilidade de cumulação da paternidade socioafetiva com a biológica contempla especialmente o princípio constitucional da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, da CF). Isso porque conferir "status" diferenciado entre o genitor biológico e o socioafetivo é, por consequência, conceber um tratamento desigual entre os filhos. 3. No caso dos autos, a instância de origem, apesar de reconhecer a multiparentalidade, em razão da ligação afetiva entre enteada e padrasto, determinou que, na certidão de nascimento, constasse o termo "pai socioafetivo", e afastou a possibilidade de efeitos patrimoniais e sucessórios. 3.1. Ao assim decidir, a Corte estadual conferiu à recorrente uma posição filial inferior em relação aos demais descendentes do "genitor socioafetivo", violando o disposto nos arts. 1.596 do CC/2002 e 20 da Lei n. 8.069/1990. 4. Recurso especial provido para reconhecer a

do vínculo da socioafetividade, seja concomitante e simultaneamente ao vínculo biológico, genético, ou posterior ao falecimento de um ou ambos os genitores, com todos os efeitos pessoais e patrimoniais que dele decorre.

3.6 As ações de estado

Os direitos relativos ao estado das pessoas são exercidos e protegidos por meio das chamadas *ações de estado*, as quais, nas palavras de Gustavo Tepedino,¹²⁴ representam a expressão processual dos direitos da personalidade, cuja finalidade é criar, modificar ou extinguir um determinado estado, constituindo-se nova situação jurídica, através de sentença judicial, como ocorre na ação de interdição,¹²⁵ ação de investigação de paternidade, ação negatória ou de impugnação de paternidade, ação negatória de maternidade, ação de adoção, ação de divórcio judicial – obrigatório quando o casal possui filhos menores ou incapazes, e facultativo nas demais hipóteses –, ação de nulidade ou de anulação de casamento etc. Exceção à necessidade de pronunciamento judicial para mudança do *status* é o divórcio extrajudicial. As sentenças que extinguem o vínculo matrimonial, e por conseguinte alteram o estado da pessoa, proferidas nas ações de nulidade e anulação de casamento podem até mesmo ser decretadas contra a vontade das partes. Exemplo disso é o fato de que na ação de divórcio judicial litigioso o estado civil é alterado (de casado para divorciado) mesmo que um dos cônjuges não o queira.

As ações de estado são, em regra, personalíssimas, intransmissíveis e imprescritíveis, nelas intervindo o Ministério Público. Várias dessas ações de estado também são acobertadas pelo segredo de justiça (art. 189, CPC/2015). Estas *ações de estado*, também chamadas de

equivalência de tratamento e dos efeitos jurídicos entre as paternidades biológica e socioafetiva na hipótese de multiparentalidade." Confira-se ainda, sobre a possibilidade de "repropositura" de ação de investigação de paternidade e reconhecimento de multiparentalidade: STJ, REsp 1.745.411 – RS, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.8.2021, DJe 20.8.2021. Na primeira ação que manejava o autor pretendia substituir o nome de seu pai socioafetivo pelo pai biológico, e, mesmo com exame positivo de DNA não teve êxito no tribunal de origem, o qual asseverou a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica, decisão que não foi desconstituída nem mesmo com propositura de ação rescisória. Posteriormente, o autor ingressou com nova ação judicial na qual pleiteou o reconhecimento concomitante da paternidade socioafetiva e biológica, cujo recurso especial foi julgado pelo STJ afirmando o reconhecimento simultâneo de ambas as paternidades.

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 487.

¹²⁵ Com o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência parte da doutrina passou a defender a inexistência da Ação de Interdição.

ações prejudiciais, têm por objetivo a obtenção, defesa ou negação de determinado estado.¹²⁶ Tais ações podem ser constitutivas ou declaratórias (como ocorre na ação de investigação de paternidade), e possuem efeitos positivos ou negativos a depender do que se pleiteia na ação judicial. A sentença tem efeito *erga omnes*, absoluto. Mas esse efeito absoluto da coisa julgada nas ações de estado tem sofrido abrandamento notadamente nas ações de investigação de paternidade que foram julgadas improcedentes por insuficiência de prova, quando inexistia o exame de DNA, sendo inconclusivo o resultado do exame laboratorial anteriormente realizado, admitindo tanto a doutrina quanto a jurisprudência uma relativização da coisa julgada nesta hipótese,¹²⁷ com o que se permite nova propositura da ação de investigação de paternidade. Embora as ações de estado sejam imprescritíveis, os efeitos patrimoniais do estado estão sujeitos à prescrição, como ocorre, por exemplo, com a ação de petição de herança,¹²⁸ havendo o Supremo Tribunal Federal editado a Súmula 149 nesse sentido, como mencionado anteriormente.

3.7 A prova do estado civil

O estado civil prova-se pelos *assentos* ou certidões de *Registro Civil*,¹²⁹ assim chamado por diferenciação do antigo *Registro Paroquial* do estado civil, que foi uma criação da Igreja Católica desde o Concílio de Trento.¹³⁰ A palavra *registro* deriva das expressões *res* e *gerere*, ou, antes, de *res* e *gestum*, que significa *feito pela segunda vez*.¹³¹ O Registro Civil, aduz

¹²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., v. 1. 2020. p. 226.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 510.

¹²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral..., p. 33.

¹²⁹ MOREIRA, Guilherme Alves. Instituições de direito civil português. v. 1. 1907. p. 237. Ensina o autor que a palavra *registro* é tomada em direito na significação de assento, nota, cópia ou extrato feito em livros públicos a isso destinados, designando também os próprios livros em que se fazem esses assentos, notas, cópias ou extratos. Para o autor, considerando que o código civil português ao chama de *registro civil* os fatos dos nascimento, casamento, óbito, perfilhação e legitimação, sendo de gravíssima importância a ponto do legislador estabelecer a tais fatos uma prova especial, torna-se óbvio que esse registro deva denominar-se *registro do estado civil*, pois o registro predial é, como o dos nascimentos, casamentos e óbitos, também registro civil.

¹³⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Princípios de direito civil luso-brasileiro: parte geral. vol. 1. São Paulo: Max Limonad. 1951. p. 78.

¹³¹ ELÍAS, Clemente Fernández. Novíssimo tratado histórico filosófico del derecho civil español. v. 1. p. 306-7. Lembra o autor que por fatores históricos e políticos o Censo caiu em desuso, mas é inegável a importância que teve durante o período em que praticado. Ao lado deste grande Registro Nacional também havia os registros particulares que cada família possuía, e que, dada a constituição especial da família romana, tinham caráter muito pronunciável de autenticidade. A queda do Império Romano durante a época bárbara bem como a

Clemente Fernández Elías, é a história viva e gráfica de cada um dos membros de uma sociedade, e embora alguns autores opinem que na antiguidade esta instituição era desconhecida tal presunção não pode ser aceita, pois é de se presumir que os povos antigos tivessem livros para tais registros, necessário inclusive à prova de nacionalidade, cidadania e família, embora não tenha chegado até nossos dias notícia de tais registros.

Em Roma, aduz o autor, o Registro Civil relativo aos nascimentos e óbitos foi instituído nos tempos de Servio Tulio (*Servius Tullius*) – registro que era realizado por funcionários públicos, guardiões de certos templos, segundo Gabriel Baudry-Lacantinerie e Maurice Houques-Fourcade¹³² –, e, esquecido no decorrer da história, foi restabelecido por Marco Aurélio. Antes de Servio Tulio teve Roma o Registro Civil muito mais extenso e mais perfeito conhecido até agora entre os povos modernos, ou seja, teve o Registro Civil Ativo das Pessoas e da Propriedade, que foi o *Censo*, com caráter político, social e civil, tão importante e autorizado que é sabido que dele dependia o estado das pessoas. O Censo romano era tão respeitado e apreciado que o fato de não inscrever-se nele o cidadão romano ocasionava não somente a perda de todos os seus direitos como tal, mas o que era pior, o *incensi* tornava-se escravo.

No direito brasileiro o registro do estado civil é regido pela Lei dos Registros Públicos (art. 29 da Lei 6.015/73). Igualmente, o Código Civil (arts. 9º e 10) trouxe as hipóteses de registro (nascimento, casamento, óbito, emancipação, interdição etc.) e averbação (nulidade ou anulação de casamento, divórcio, reconhecimento de filiação etc.) do estado da pessoa. As autoridades consulares brasileiras também receberam do legislador atribuição para a prática de atos de Registro Civil (art. 18 da LINDB), quando se tratar de brasileiros no exterior. Embora os fatos relativos ao estado civil das pessoas, que determinam, criam, modificam ou extinguem sua relação jurídica, devam ser registrados – ou averbados em algumas hipóteses – no Registro Civil, há casos em que o estado civil não possui o devido registro ou mesmo averbação, como ocorre com a *posse de estado de casado*, ou com a *posse de estado de filho*, ou seja, a posse de estado que pode ser resumida ou verificada quando presentes as características e elementos do *nomem* (nome conferido à pessoa), *tractatus* (tratamento

turbulenta Idade Média relegou ao esquecimento a instituição do registro civil, daí porque compreende-se o motivo pelo qual a Igreja foi a que se encarregou de levar adiante o registro dos três principais acontecimentos da vida, a saber, o nascimento, o matrimônio e a morte, prestando assim um grande serviço à sociedade civil.

¹³² BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; HOUQUES-FOURCADE, Maurice. *Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes*. 3. ed. Paris: L. Larose & L. Tenin. 1907. v. 2. p. 3.

recebido como marido, esposa ou filho), e *fama* (notoriedade pública desse *status* no meio social), sendo essa posse de estado uma presunção.¹³³

¹³³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado..., v. 1. t 1. 1955. p. 267.

4 A INCAPACIDADE MENTAL E A EVOLUÇÃO PROTETIVA

4.1 A proteção dos incapazes no direito romano

O estudo do direito atual sempre nos remete ao direito romano como forma de compreender o estágio atual do desenvolvimento humano na seara das ciências sociais, sobretudo tendo se em mente que o direito civil brasileiro ainda porta inumeráveis reminiscências daquele período.¹³⁴

No direito romano, leciona Adrien Audibert,¹³⁵ a curatela do "louco" e do pródigo foi uma das primeiras instituições da família, sendo que também na Grécia havia regras jurídicas protetivas aos desprovidos de razão, regras essas que podem ser encontradas em todos os povos da antiguidade. Preleciona o autor que o sistema organizado pelo direito romano para a proteção do "louco" era de uma das maiores simplicidades, por repousar sobre o fato de que uma pessoa desprovida de inteligência e de vontade estava impossibilitada de praticar ato jurídico, e, assim, a incapacidade do "louco" no direito romano não possuía outra base, pois resultava que tinha início com a loucura e com o desaparecimento dela se dissipava, sendo pois uma incapacidade natural. A lei, portanto, não acrescentava nada a isso, não colocava o "louco" em estado de interdição mas apenas contentava-se em dar-lhes curadores que cuidassem de sua pessoa e administrassem seus bens, cujos poderes cessariam quando desaparecesse ou cessasse a "loucura". Portanto, a ideia romana de incapacidade do "louco" era uma ideia racional.

A Lei das XII Tábuas,¹³⁶ também chamada de código decenviral,¹³⁷ atribuiu a curatela dos "loucos" (*furiosus*) aos agnados¹³⁸ e gentios (*gentiles*). Nas palavras de Luis Cabral de

¹³⁴ Sobre a questão da personalidade e capacidade em estudo comparativo entre as fontes romanas e o código civil brasileiro, notadamente a questão dos incapazes, consulte-se: MARCHI, Eduardo C. Silveira; RODRIGUES, Dárcio. R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. Comentários ao código civil brasileiro: estudo comparativo e tradução de suas fontes romanas: parte geral. São Paulo: Atlas. 2013. p. 19-27.

¹³⁵ AUDIBERT, Adrien. Étude sur l'histoire du droit romain: la folie et la prodigalité. Paris: L. Larose & Forcéi, Éditeurs. 1892. p. 1; 9 e seguintes.

¹³⁶ A Lei das XII Tábuas, também chamadas de código decenviral ou dos decênviros, segundo a tradição nos ensina, surgiu nos anos de 451-450 AC, tendo-se procedido por iniciativa da plebe à redação e codificação do

Moncada,¹³⁹ a loucura foi sempre considerada no direito romano como uma importante causa de incapacidade de exercício de direitos, e de fato as XII Tábuas mandavam dar aos *furiosus* um curador. O *furiosus* e o *mente captus sui juris* eram considerados incapazes sem que, de resto, as fontes nos esclareçam sobre o critério utilizado para fazer distinção entre estas duas espécies de alienados. O autor português deduz que a distinção era constituída provavelmente pelas pessoas atacadas de acessos furiosos e pelas afetadas de simples "loucura mansa". Ocorre, porém, que referida lei somente falava do *furiosus*, mas como vimos acima havia

velho direito consuetudinário romano e que essa codificação, levada a cabo pelos decênviros e votada depois pelos comícios das centúrias, foi afixada publicamente no *forum* em doze tábuas de madeira ou de bronze e ficou constituindo a *Lex* ou lei por excelência pela qual se regeu durante séculos a vida jurídica dos romanos. Lamentavelmente o texto primitivo não chegou até nós em razão, segundo nos ensina a tradição, de seu perecimento durante o incêndio de Roma por ocasião da invasão galesa nos ano 390 AC, e embora reconstituído mais tarde somente alcançou os séculos vindouros fragmentariamente, através das citações e referências dos jurisconsultos, gramáticos e historiadores latinos. As XII Tábuas constituíram a base das mais antigas obras de direito civil romano, e no dizer de Cícero, eram aprendidas de cor nas escolas pelos estudantes e vigoraram ainda durante a época clássica e a seguinte sem que tivessem sido jamais objeto de uma revogação expressa até Justiniano. Nas Leis das XII Tábuas se encontravam regulados o processo civil, o antigo direito da obrigações, da família, das sucessões, o direito de propriedade e até uma parte do direito criminal e público. Cf. MONCADA, Luis Cabral de. Elementos de história do direito romano: fontes e instituições. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1923. p. 60-5.

¹³⁷ *Decênviro* era o nome que receberam pessoas eleitas para proceder à codificação de leis, de cuja palavra procede *decenvirado*. Luis Cabral de Moncada, acima citado, aduz que *decenvirado* significava a magistratura da mais antiga Roma, do primeiro período da história do direito romano. Segundo leciona Antonio Luis de Sousa Henrique Seco (Manual histórico de direito romano. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1848. p. 6 e seguintes), após abolida a realeza ou caído em desuso o direito real, o povo romano começou a viver pela segunda vez sem direito certo, sendo a justiça administrada pelos cônsules, os quais em suas decisões aplicavam suas vontades em lugar da razão, com o que nasceu desordem entre as duas classes, a *patricia* e a *plebeia*, cujo cuidado já estava a cargo dos tribunos. Aduz o autor que um dos tribunos fez passar lei que autorizou a nomeação de cinco pessoas para proceder à confecção de um corpo de leis, e não sendo executada a tarefa outros dez cidadãos foram escolhidos pelo povo. Alguns escolhidos foram enviados à Grécia para estudo das leis de Solon bem como dos costumes e usos de diversas cidades, com o que deveriam acomodar as normas que lhes parecessem úteis à Roma. Após retornarem dois ou três anos mais tarde foram criados os *Decenviros* (*Decemviri*) para proceder à codificação das leis. Todas as magistraturas foram suspensas, e o cuidado da cidade foi atribuído aos decênviros, que a governaram alternadamente, cada um deles, por um ou por dez dias. Posteriormente surge como fruto de seu trabalho uma série de leis distribuídas por dez tábuas, aprovadas por um *senatus-consulto* e nos *comícios centuriados*, e afixadas em lugar público passaram a governar a República. Como ainda não se achava completo o corpo de legislação continuou a autoridade dos decênviros, os quais posteriormente, no ano seguinte, apresentaram duas outras tábuas em suplemento, as quais sendo igualmente aprovadas completaram o direito chamado das Doze Tábuas ou Decenviral, mencionadas nas constituições imperiais e nos textos romanos como *direito antigo*, *direito o mais antigo*, *lei antiga*, *leis antigas*, ou simplesmente *direito civil*, julgadas por Cícero como superiores às bibliotecas de todos os filósofos, e mesmo no tempo de Justiniano era considerado como fonte de todo o direito público e particular do Império. As datas apresentadas por Antonio Luis de Sousa Henrique Seco para o aparecimento da Lei das XII Tábuas são significativamente diversas das que tradicionalmente conhecemos.

¹³⁸ A palavra *agnado* significa parente. Conforme ensina o romanista alemão Ferdinand Mackeldey (Elementos de direito romano: parte geral. Tradução da edição francesa por Antonio Bento de Faria. Rio de Janeiro: J. Ribeiro Dantas Livreiro Editor. 1907. p. 266), o parentesco (*cognatio*) é o vínculo estabelecido entre duas ou mais pessoas unidas pelo mesmo sangue (consanguinidade). Se essas pessoas não constituem mais do que uma só e mesma família o respectivo parentesco recebe o nome de *agnatio*. Por oposição à agnação, que somente pode verificar-se entre homens, o parentesco determinado pela relação natural do vínculo do sangue, e que pode existir tanto no sexo masculino como no feminino, chama-se *cognatio naturalis*.

¹³⁹ MONCADA, Luis Cabral de. Elementos de história do direito romano: parte geral. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1924. p. 167.

alienados de outra ordem, a saber, os *dementes* ou *mente capti*, aos quais a curatela legítima não podia ser-lhes imposta, advindo a proteção destes a partir da criação da curatela dativa. Havia larga discussão sobre a definição das duas formas de "loucura", ou seja, o *furor* e a *dementia*.¹⁴⁰ Gabriel Baudry-Lacantinerie e Maurice Houques-Fourcade,¹⁴¹ referindo-se ao tema, resumem a questão afirmando que a opinião mais geralmente admitida faz uma distinção entre o *furiosus* do qual se ocupou a lei das XII Tábuas, e o *demens* ou *mente captus*, de maneira que o *furiosus* seria aquela que, embora padecendo de loucura, possuía intervalos lúcidos, e, por outro lado, *mente captus* seria o louco que padece de demência perpétua.

4.2 As diversas expressões para a incapacidade mental

Diversas são as expressões utilizadas nos textos romanos para designar as doenças ou distúrbios mentais, psíquicos ou intelectuais, a saber: i) *furor, furiosus*; ii) *dementia, demens*; iii) *mente captus*; iv) *insania, insanus*; v) *mentis alienatio*; vi) *non suae mentis, non compos mentis*; vii) *lunaticus*; viii) *fanaticus*; ix) *freneticus*; x) *melancholicus*; xi) *fatuus*.¹⁴² Os significados dessas expressões, aduz o autor, são fáceis de determinar. *Insania, mentis alienatio, non suae mentis, non compos mentis* são termos gerais que exprimem simplesmente a ideia de loucura, sem qualquer alusão às distinções feitas entre as diversas doenças mentais.

As palavras *lunaticus, fanaticus, freneticus, melancholicus* designam, ao contrário, estados de espírito muito particulares. *Lunaticus* designava aquele acometido periodicamente de acesso de loucura e retorno à razão, seguindo o curso das revoluções lunares. A expressão *fanaticus* era empregada a delírios religiosos, como que a sacerdotes de certas divindades em abandono do templo (*fana*) com agitação e movimentos desordenados, pronunciando palavras misteriosas e proféticas.¹⁴³ As palavras gregas *freneticus* e *melancholicus* foram definidas

¹⁴⁰ Adrien Audibert dedica dezenas de páginas sobre a distinção entre o *furor* e a *dementia*, e outras tantas à condição jurídica do *furiosus* e do *demens*.

¹⁴¹ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; HOUQUES-FOURCADE, Maurice. *Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes*. v. 4. 2. ed. Paris: L. Larose & L. Tenin. 1905. p. 709.

¹⁴² AUDIBERT, Adrien. *Étude sur l'histoire du droit romain: la folie et la prodigalité*. p. 12-4.

¹⁴³ Confira-se, por exemplo, interessante monografia que discorre sobre a vida monástica e a capacidade civil: ROCCO, Nicola. *La capacità civile del religioso professo*. Palermo: Dalla Stamperia di Francesco Lao. 1840. Voltaire afirma em seu *Dictionnaire Philosophique* que em seus dias se entendia por *fanatisme une folie*

pela ciência daquela época, posto que *frenesi* significava um delírio determinado pela febre, e a palavra *melancholicus* era empregada às vezes no sentido geral de loucura, significando mais uma doença moral que se manifesta por uma profunda tristeza cujos antigos identificavam sua origem na bÍlis (*atra bilis*). Com relação à palavra *fatuus* – que podia-se grafar *fatuo* no masculino e *fatua* no feminino, como o faz Gaio no Digesto¹⁴⁴ – significava não propriamente o louco mas o *fraco de espírito*, referindo-se àquele que leva a tolice a um nível excepcional, sendo sinônimo de *stultus*, palavra muito mais expressiva. Os fracos de espírito equiparavam-se aos impúberes, cuja vontade é flutuante, como em geral o é a das crianças. Mas de todas as expressões acima as palavras *furiosus*, *mente captus* e *demens* mereceram maior estudo em razão das sérias dificuldades que ocasionaram nas eras vindouras. As palavras *dementia* e *demens*, depois de *furor* e *furiosus*, eram as mais utilizadas nos textos romanos.¹⁴⁵

religieuse, sombre et cruelle, uma doença do espírito que se vence como a varíola, e que, quando o fanatismo gangrena o cérebro a doença é quase incurável. Para o célebre pensador iluminista "não há outro remédio para esta doença epidêmica do que o espírito filosófico", o qual, espalhando-se gradualmente suaviza os costumes dos homens e evita o ataque do mal, sendo que as leis e a religião não são suficientes para controlar a peste das almas, e a religião, longe de ser um alimento salutar para os fanáticos, torna-se um veneno em seus cérebros infectados. Para Voltaire, aqueles que experimentam extases, visões, que tomam sonhos por realidades e suas imaginações por profecias é um novato fanático, que poderá em breve matar em nome de Deus. Confira-se: VOLTAIRE. Dictionnaire philosophique. t. 5. Paris: Chez L'Editeur. 1822. p. 24-45. À guisa de informação, Voltaire era o pseudônimo de François-Marie Arouet, e alguns textos a ele se referem como François-Marie Arouet de Voltaire, ou apenas Voltaire, nome que assumiu aos vinte e quatro anos de idade. Norberto Bobbio, por sua vez, preleciona entender-se como fanatismo uma cega obediência a uma ideia, servida com zelo obstinado, até exercer violência para obrigar outros a segui-la e punir quem não está disposto a abraçá-la. A diferença entre o fanatismo combatido pelos filósofos iluministas, que vinham de dois séculos de grandes guerras religiosas e o que se verifica hoje é que o fanatismo de outrora era quase que exclusivamente religioso, enquanto o que temos hoje é quase exclusivamente político. Para Bobbio, muito provavelmente a mentalidade fanática se deve a profundas perturbações psíquicas, em que um exagerado egocentrismo se junta a uma inflexibilidade e fechamento mentais levados até a monomania e a uma energia volitiva irrefreável. Mas o problema do fanatismo não deve ser reduzido a uma análise psíquica, pois é um problema social. O fanático sem adeptos é pura e simplesmente um caso clínico, ou melhor, deveria ser chamado um possesso, um monomaniaco. O fanatismo está sempre ligado a fenômenos de exaltação coletiva, de maneira que não é uma doença, mas uma epidemia, e o remédio deve estar no mais amplo sentido social. Confira-se: BOBBIO, Norberto. Verbete: Fanatismo. Dicionário político. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. v. 1. 11. ed. Trad. Carmen C. Varrile *et al.* Coord. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. p. 464-6.

¹⁴⁴ CLAUDIO, Affonso. Estudos de direito romano: direito das pessoas. v. 1. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio. 1916. p. 396.

¹⁴⁵ Nosso direito, oriundo do português, também cunhou, para referir-se àqueles em estado de incapacidade mental, as expressões *desassisado*, *desmemoriado*, *doido*, *parvo*, *toló*, *idiota*, *sandeu*, *insano*, *delirantes*, entre outras. Nas Ordenações (L. 4, T. 103, pr.) era sinônimo de *furioso* a expressão *sandeu*, e as expressões *desassisado* e *desmemoriado* sinônimas de *dementes* e *mentecaptos*. Cf. BRUSCHY, Manuel Maria da Silva. Manual do direito civil portuguez. v. 1. p. 235. CARNEIRO, Manuel Borges. Direito civil de Portugal. v. 3. Typographia de Antonio José da Rocha. 1851. p. 164. LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Instituições de direito civil brasileiro. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1871. p. 187.

Acrescente-se ao rol acima a expressão *energumeno*, conforme se extrai da obra de Joseph Bingham,¹⁴⁶ palavra essa proveniente do grego cujo significado alargado denotava *peçoas sob influência e operação de qualquer espírito, bom ou mal*, mas que em sentido mais restrito era usada pelos escritores eclesiásticos para designar *peçoas cujo corpo está ocupado ou possesso por um espírito mal*, às quais também era aplicada a palavra *demoníaca*, diante do acometimento de estado de agitação, loucura, fortes comoções ou contorsões corporais, ataque epilético, sendo tais peçoas chamadas pelos escritores latinos de *iemantes*, que significa *jogado como um vento chuvoso ou tempestuoso*.

No longínquo tempo em que inexistia o avanço e desenvolvimento da ciência médica tal como conhecemos hodiernamente, em que inexistia a psiquiatria e critérios científicos rigorosos para distinguir uma loucura específica das demais espécies de perturbação mental, o direito romano, segundo aduz Luis Cabral de Moncada,¹⁴⁷ ferindo de incapacidade o louco, parecia ter em vista sob a nomenclatura *furiosus* e *mente captus sui juris* todo estado anormal das faculdades mentais do homem que excluísse a inteligência e a vontade, sob qualquer forma pela qual se manifestasse tal estado de anormalidade, de sorte que a incapacidade civil era unicamente a expressão da incapacidade natural de fato, e o louco somente era incapaz enquanto fosse louco, sendo que nos tempos imemoriais não havia necessidade de declaração judicial dessa loucura ou interdição, como no direito moderno, ao contrário, o louco tinha capacidade e podia praticar atos jurídicos válidos durante os momentos ou intervalos lúcidos, de maneira que fora desses momentos sua capacidade era como a do *infans*, absoluta e completa.

4.3 A curatela do incapaz na Lei da XII Tábuas

¹⁴⁶ BINGHAM, Joseph. The antiquities of the church. Edited by the Rev. R. Bingham. v. 1. Oxford: University Press. 1855. p. 321-2. No livro III da referida obra, dedicada à origem eclesiástica, ao tratar das ordens inferiores do clero na igreja primitiva, afirma o autor, ao elencar a classe ou ordem dos exorcistas, que as igrejas e monastérios acolhiam os *energumenos* (no inglês arcaico *energumens*), os quais lá moravam em local a eles destinado (*loco hyemantiun*), sendo essas peçoas separadas das demais por acreditar-se que estavam sob estado de possessão demoníaca, sendo-lhes ministrado atendimento material e espiritual. Eram eles objeto de atenção também dos exorcistas naqueles locais, os quais faziam orações e oblações no altar por todos os estados e condições dos homens, para que Deus libertasse os *energumenos* daquela violenta energia ou agitação do mal. Ulpiano, que viveu no tempo de Tertuliano, em um de seus livros fala do exorcismo como algo usado por impostores, acreditando alguns que o legislador romano estivesse a referir-se aos cristãos ou a judeus exorcistas, crendo o autor ser mais provável que a referência fosse aos áqueles. A referência encontra-se à p. 318. Na edição londrina de 1726 a citação encontra-se à p. 114 e 113, respectivamente.

¹⁴⁷ MONCADA, Luis Cabral de. Elementos de história do direito romano: parte geral. v. 2. p. 167.

Assim, como acima mencionado, desde as XII Tábuas havia uma curatela especial, *cura furiosi*, como medida capaz de suprir a incapacidade do *furiosus* e, posteriormente, do *mente captus*, de maneira que este poder sobre a pessoa e bens do alienado representava, assim como no caso da tutela dos impúberes, inicialmente, um poder doméstico organizado mais no interesse da família do que no interesse do incapaz. No tocante ao exercício da curatela, o *curator furiosi*, inicialmente incumbido da guarda da pessoa do incapaz, posteriormente passou a ter unicamente a gestão do seu patrimônio, com o que os atos e negócios jurídicos do incapaz eram realizados pelo curador em substituição à pessoa do curatelado, primeiramente como seu representante social e indireto, e, posteriormente, como seu representante legal e direto, em época na qual a ideia de representação foi ganhando importância no direito romano. A curatela dos alienados extinguiu-se com o término de fato do estado de loucura, ou seja, suspendia-se cada vez que o estado de loucura era interrompido pelo aparecimento de intervalos lúcidos, e, ademais, pelos mesmos fatos que determinavam a extinção da tutela dos impúberes, fatos que podiam relacionar-se com a pessoa do incapaz, como a morte, ou com a pessoa do curador, como a morte, a renúncia, a *excusatio*, a remoção decorrente de *crimen suspecti*, entre outras causas.¹⁴⁸

A curatela do louco, nas palavras de Paul Frédéric Girard,¹⁴⁹ é corolário da incapacidade natural produzida pela loucura. Com o estabelecimento da curatela, tratando-se, de instituto familiar, é natural que o cuidado dos acometidos por problemas mentais ficasse a cargo da família, por norma expressa contida no direito romano, mantida no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, sendo que no caso de descumprimento de tal mister era infligida pena de deserção ou outras penalidades quando tal obrigação importasse aos filhos ou os pais, como estabeleceu o *Codex* (L. 1, T. 4, 28).¹⁵⁰ Diversas outras regras havia no direito romano

¹⁴⁸ MONCADA, Luis Cabral de. Elementos de história do direito romano: parte geral. v. 2. p. 168-9.

¹⁴⁹ GIRARD, Paul Frédéric. Manuel élémentaire de droit romain. Quatrième Édition Revue et Augmentée. Paris: Arthur Rousseau, Editor. 1906. p. 222.

¹⁵⁰ CORRAL, Ildefonso L. García del. Cuerpo del derecho civil romano. t. 1. Barcelona: Jaime Moninas, Editor - Valencia. 1892. p. 102. É esta a redação original contida no Livro 1, Título IV, alínea 28, segunda parte: "AUTHENT. ut cum de appellat. cognosc. § Si quis de praedictis parentibus furiosus. (Nov. 115. c. 3.) – Liberi furiosi, qui curam ei negligunt praebere, tam exheredatione digni sunt, quam aliis poenis legitimis. Nam si quis alius, attestatione ad eos missa, quum adhuc negligant, in domum suam eum susceperit et procuraverit, ex hoc erit eius successor legitimus, licet testatus esset etiam in liberos forte, manentibus tamen aliis testamenti capitulis. § 1. – Eadem poena parentibus imponenda, si quidem de liberis in furore constitutis curare neglexerint." Confirma-se a tradução espanhola de Del Corral: "AUTÉNTICA ut cum de appellat. cognosc. § Si quis de praedictis parentibus furiosus. (Nov. 115. c. 3.) – Los hijos del furioso, que desatienden el cuidar de él, son dignos, tanto de la desheredación, como de otras penas legales. Porque si algún extraño, habiéndoles dirigido

tendo por finalidade a plena proteção dos *dementes e furiosi*.¹⁵¹ E não se pode olvidar que Justiniano elaborou seu *Codex* para, entre outros objetivos, diminuir os litígios, razão pela qual elegeu vários doutos a fim de compilar as regras contidas nos pretéritos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, conforme fez expressamente constar em seu preâmbulo (*de novo codice faciendo*).¹⁵²

Relativamente à curatela do *furiosus* ou do *demens*, os pais ou amigos apresentavam um pedido ao pretor, o qual verificava o estado mental do pretenso "louco" e, caso constatado o furor declarava que a curatela pertencia aos agnados conforme a lei, e caso reconhecesse a existência de demência nomearia ele mesmo um curador, sem necessidade de consentimento do *demens*. A curatela, portanto, segundo aponta Adrien Audibert,¹⁵³ aplicava-se em ambos os casos.

4.4 A experiência da França: do trancamento à libertação dos dementes

A preocupação com o tratamento jurídico e clínico relativamente à pessoa do incapaz mental, psíquico ou intelectual pode ser encontrada há séculos nos mais variados países.

una advertencia, y desatendiéndolo todavia ellos, lo hubiere recogido en su casa, y lo hubiere cuidado, será por esto su legitimo sucesor, aún quando también el furioso hubiese testado acaso en favor de sus hijos, subsistiendo, sin embargo, las demás disposiciones del testamento. § 1. – La misma pena debe imponerse á los padres, quando hubieren desatendido cuidar de sus hijos furiosos."

¹⁵¹ Confira-se, por exemplo: p. 82 (L. 1, T. 3, 52 [51]); p. 101 (L. 1, T. 4, 27); p. 102 (L. 1, T. 4, 28 [deserção dos filhos e/ou pais]); p. 500 (L. 4, T. 38, 7 [permite o curador dissolver a sociedade do demente]); p. 566-7 (L. 5, T. 4, 25 [autoriza casamento dos filhos do demente e furioso, superando a questão da anuência ou concordância do pai]); p. 690 (L. 5, T. 70, §§ 6, 8 e 10 [inventário e administração dos bens do furioso; sucessão e novo curador pela morte do anterior]), entre outras. Também não podiam ser Procuradores ou Advogados o furioso, o demente o pródigo (Dig. L. 50, T. 17 e 18 frag. 5 e 40) entendimento que se aplicava nas Ordenações, Livro I, Título XLVIII, alínea 26, segundo o qual estava impedida de ser Procurador ou Advogado qualquer pessoa que perdesse qualquer Ofício por erro que nele fizesse. Confira-se o Livro I das Ordenações Filipinas anotadas por Candido Mendes de Almeida, p. 171.

¹⁵² Confira-se: PINTO JUNIOR, João José. Curso elementar de direito romano. Pernambuco: Typographia Economica. 1888. p. 27 e seguintes. Preleciona o autor que o último período da história externa do Direito Romano fecha-se com o reinado do Imperador bizantino *Flavius Justinianus*, o qual ocupou o trono do Império Romano do Oriente entre os anos 527 a 565, havendo encontrado a legislação do Império em verdadeiro caos, sendo que os Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Theodosiano não tinham conseguido estabelecer ordem e luz. A narrativa histórica sobre o trabalho que culminou nas *Institutas* de Justiniano merece leitura. Veja-se ainda: CLAUDIO, Affonso. Estudos de direito romano: direito das pessoas. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio. 1916. MACKELDEY, Ferdinand. Elementos de direito romano. Tradução: Antonio Bento de Faria. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor. 1907. LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de direito romano. Brasília: Senado Federal. 2006.

¹⁵³ AUDIBERT, Adrien. Étude sur l'histoire du droit romain: la folie et la prodigalité. p. 62.

Ocorre, todavia, que a experiência verificada em França teve grande reflexo tanto naquela sociedade quanto em países europeus e americanos, e até mesmo no Brasil, seja quanto ao estudo médico das enfermidades mentais por médicos franceses, cujos grandes alienistas foram imortalizados nas obras de René Semelaigne,¹⁵⁴ seja quanto aos asilos ou locais de tratamento destinados aos incapazes mentais.

Sob o comando de Luís XIV, em 1656 uma antiga fábrica de pólvora e local destinado a abrigar o arsenal militar na capital francesa, conhecida como *Salpêtrière*, palavra derivada de *salpêtre*, que significa salitre, matéria prima na fabricação da pólvora, foi transformada em um asilo ou hospício de mulheres com distúrbios mentais, com a criação do Hospital Geral de Paris.¹⁵⁵ O local, no qual também funcionou como prisão de meretrizes, foi ampliado e chegou a ter cerca de cinco mil pessoas, com toda sorte de doenças mentais, sendo campo fértil à pesquisa pelos médicos franceses e até mesmo por médicos estrangeiros, dos quais o mais famoso talvez tenha sido Sigmund Freud no final de 1885 e início de 1886. Para asilo de homens com deficiência mental havia o Hospital *Bicêtre*, antigo hospital militar, o qual, aduz Michel Foucault,¹⁵⁶ foi agrupado com *Salpêtrière* para administração única, e tornou-se berço dos asilos de dementes, posteriormente transformado em orfanato, e finalmente em prisão e manicômio de homens, sendo que durante a Revolução Francesa tornou-se o principal centro de hospitalização dos deficientes mentais.

Assim como ocorria em diversos países, também em França muitos dos dementes eram acorrentados permanentemente nos asilos ou tinham seu corpo preso às macas, cadeiras ou camas por cintas específicas para este fim ou mesmo cordas, sendo submetidos a tratamentos severos, como golpes, choques elétricos, sangria provocada por sanguessugas ou outros meios para baixar a pressão arterial e diminuir a ação vascular, imersão abrupta em banhos

¹⁵⁴ SEMELAIGNE, René. Les grands aliénistes français. SEMELAIGNE, René. Aliénistes et philanthropes: les Pinel et les Tuke. Paris: G. Steinheil Éditeur. 1912. SEMELAIGNE, René. Les pionniers de la psychiatrie française avant et après Pinel. v. 1. Paris: Librairie J. B. Baillière et Fils. 1930. SEMELAIGNE, René. Les pionniers de la psychiatrie française avant et après Pinel. v. 2. Paris: Librairie J. B. Baillière et Fils. 1932. Louis-René Semelaigne era médico alienista (psiquiatra) e, por parte de mãe, sobrinho-neto de Philippe Pinel, sendo seu avô materno Casimir Pinel, irmão mais novo do renomado alienista.

¹⁵⁵ No século passado o Hospital *Salpêtrière* foi unificado a outro hospital, de menor tamanho, dedicado a crianças e adolescentes, *Pitié*, e passou a ser conhecido como *Pitié -Salpêtrière*, sendo hoje um hospital-escola ligado à Universidade de Paris.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. História da loucura na idade clássica. p. 51 e ss. Antes do término do século XVII, afirma o autor (p. 74), chegou a ter entre 5 mil a 6 mil pessoas apenas na *Salpêtrière*, no século seguinte quase 7 mil pessoas, sendo que no inverno, com as cheias do rio Sena, eram os alojamentos infestados com enorme quantidade de grandes ratos que roíam e dilaceravam pés, mãos e rostos das internadas, muitas das quais morreram.

frios e quentes realizados de surpresa no enfermo em substituição aos semi-afogamentos,¹⁵⁷ ingestão de óleos purgantes ou laxantes visto acreditar-se que a limpeza intestinal acalmaria o demente, induzimento ao vômito a ingestão de substâncias eméticas, uso de medicações e narcóticos,¹⁵⁸ utilização da hipnose como forma de cura da mente do insano, dentre muitas outras espécies de atendimento, distanciando-se do tratamento respeitoso que os romanos e gregos tinham para com os deficientes mentais.¹⁵⁹

Entre o século XVIII e XIX houve nos asilos referidos grande avanço da ciência com os trabalhos de Philippe Pinel,¹⁶⁰ o qual veio a se tornar diretor médico daquela instituição e, ainda no século XVIII, chegou mesmo a determinar o desacorrentamento dos dementes em *Bicêtre* contrariando a vontade dos governantes da época, tal como fizera na Itália o médico Vincenzo Chiarugi.¹⁶¹ Sobre tal feito afirma James Clark que a Pinel pertence o mérito de ser o primeiro a abolir as cadeias e introduzir tratamento humano aos insanos nos tempos em que os lunáticos em toda a Europa eram tratados como bestas selvagens e não como humanos.¹⁶²

¹⁵⁷ PINEL, Philippe. *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*. p. 308-368. PINEL, Philippe. *A treatise on insanity*. p. 244-264.

¹⁵⁸ WILLIAMS, Joseph. *An essay on the use of narcotics and other remedial agents calculated to produce sleep in the treatment of insanity*. London: John Churchill. 1845. O autor elenca de maneira pormenorizada as diversas espécies de tratamento destinado aos dementes, fazendo em muitas delas indicação dos médicos europeus que as utilizavam em seus respectivos países, e dos que eram favoráveis ou contrários a alguns dos tratamentos hostis e desumanos. Um dos maiores ataques à pessoa com distúrbios mentais era, no caso das mulheres, a remoção do clitóris, e, segundo o autor (p. 77), na Alemanha havia casos de desenvolvimento das capacidades mentais da enferma após a severa medida.

¹⁵⁹ CLARK, James. *A memoir of John Conolly comprising a sketch of the treatment of the insane in Europe and America*. London: John Murray. 1869. John Conolly, médico inglês, dedicou-se ao estudo da insanidade e defendeu a não restrição (*non-restraint*) aplicada através de cintos que prendiam pacientes às camas, macas ou cadeiras, tendo visitado vários países a fim de pesquisar o tratamento conferido aos deficientes mentais. Quanto ao tratamento dos alienados na Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Suécia, Noruega, Holanda, América, confira-se o capítulo XIII, p. 126-156. Quanto aos asilos destinados aos dementes em outros países da Europa continental, nas Colônias britânicas e Índia, veja-se os Apêndices, p. 227-298.

¹⁶⁰ PINEL, Philippe. *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*. PINEL, Philippe. *A treatise on insanity*. PINEL, Philippe. *La médecine clinique*. PINEL, Philippe. *Mémoire sur la manie périodique ou intermittente*. PINEL, Philippe. *Nosographie philosophique: methode medicine*. v. 1. 1797. v. 1. 5. ed. 1813. v. 2. 6. ed. 1818. v. 3. 6. ed. 1818. SEMELAIGNE, René. *Philippe Pinel et son oeuvre: au point de vue de la médecine mentale*. Paris: Imprimeries Réunies. 1888. A importância do trabalho de Pinel no estudo e tratamento da loucura refletiu-se a ponto de seu nome chegar a ser utilizado, ao menos em terras brasileiras, como adjetivo destinado a classificar uma pessoa como "louca", o que em muitos casos era feito como xingamento a um desafeto.

¹⁶¹ ANFOSSO, Luigi. *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati*. p. 4. Aduz o autor que o médico italiano Vincenzo Chiarugi, no final do século XVIII levantou-se em defesa dos alienados quebrando-lhes as correntes e internando-os nas primeiras casas de cuidado às quais foi dado o nome de manicômio. As obras de Chiarugi, de 1793 e 1794, anteriormente referidas, trazem-lhe o prenome de Vincenzio enquanto as referências mais recentes a ele constam como Vincenzo.

¹⁶² CLARK, James. *A memoir of John Conolly...*, p. 13.

Também possui grande importância o trabalho de Jean-Etienne-Dominique Esquirol,¹⁶³ aluno e amigo de Philippe Pinel, e que o sucedeu mais tarde na administração asilar.¹⁶⁴ Igualmente defensor da segregação dos alienados mentais, Esquirol chegou a afirmar que "um hospício é um instrumento de cura, e nas mãos de um médico hábil é o agente terapêutico mais poderoso contra as doenças mentais",¹⁶⁵ narrando o estabelecimento de tratamento dos alienados. Em sua famosa obra (*Des maladies...*, v. 2. p. 398), narra o autor o estabelecimentos de tratamento dos alienados nas páginas seguintes, reservando capítulo exclusivo sobre os estabelecimentos da França (p. 399/431), referindo o autor que desde a impressão da obra visitou grande número de estabelecimentos de internação estrangeiros tendo feito importantes anotações.

A alienação mental foi igualmente objeto de estudo de Scipion Pinel,¹⁶⁶ filho de Philippe Pinel, cuja influência para a medicina voltada ao estudo da mente se fez sentir não apenas em seu filho mas em outros familiares, cujas vidas foram retratadas na clássica obra de René Semelaigne,¹⁶⁷ ele mesmo sobrinho neto de Philippe Pinel.

Igualmente, teve grande relevância, ainda no século XIX, os trabalhos do médico e professor Jean-Martin Charcot,¹⁶⁸ que levou à criação na Salpêtrière, em 1882, da primeira cadeira de neurologia em uma Universidade. Naquele manicômio, que considerava ser

¹⁶³ ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. *Des maladies mentales considérées sous rapports médical, hygiénique et médico-legal*. v. 1 e v. 2. Referida obra dissecas as diversas espécies de enfermidade mental, sendo verdadeiro monumento obrigatório aos que estudam o tema.

¹⁶⁴ Cesare Lombroso (*Genio e follia*, p. 33) afirma que Esquirol tratou por dez anos Auguste Comte, o iniciador da filosofia positiva.

¹⁶⁵ ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. *Des maladies mentales*. v. 2. p. 398. No original: "Une maison d'aliénés est un instrument de guérison; entre les mains d'un médecin habile, c'est l'agent thérapeutique le plus puissant contre les maladies mentales." Na edição belga a citação encontra-se à p. 133.

¹⁶⁶ PINEL, Scipion. *Physiologie de l'homme aliéné*. Paris: Rouvier et E. Le Bouvier. 1833. PINEL, Scipion. *Traité complet du régime sanitaire des aliénés*. Paris: Mauprivez, Éditeur. 1836.

¹⁶⁷ SEMELAINNE, René. *Aliénistes et philanthropes: les Pinel et les Tuke*. p. 7-321.

¹⁶⁸ CHARCOT, Jean-Martin. *Oeuvres complètes de J. M. Charcot: leçons sur les maladies du système nerveux recueillies et publiées par Bourneville*. v. 1. Paris: Louis Battaille Éditeur. 1892. CHARCOT, Jean-Martin. *Clinical lectures on diseases of the nervous system delivered at the infirmary of la Salpêtrière*. Trad. Thomas Savill. v. 3. London: The New Sydenham Society. 1889. CHARCOT, Jean-Martin. *Archives de neurologie*. Revue trimestrielle des maladies nerveuses et mentales. v. 1. Paris: Bureaus du Progrès Médical. 1880-1881. CHARCOT, Jean-Martin. *Differenti forme d'afasia: lezioni fatte nella Salpêtrière nel semestre d'estate dell'anno 1883 redatte col consenso dell'autore dal dottore G. Rummo Milano, Italia: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi*. 1884. CHARCOT, Jean-Martin. *Contribution à l'étude de l'hypnotisme chez les hystériques*. 1881. CHARCOT, Jean-Martin. *Leçons sur les localisations dans les maladies du cerveau et de la moelle épinière*. 1876. O autor produziu inúmeras obras referentes aos diversos ramos de estudo da medicina, citando este candidato apenas alguns poucos daqueles que lhe pareceu interessarem ao estudo da incapacidade mental. Um resumo da vida de Jean-Martin Charcot pode ser encontrado no artigo "Anatomia da loucura", Super Interessante. 31 mar. 1991. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/anatomia-da-loucura/>>. Acesso em 09 fev. 2021.

verdadeiro *musée pathologique vivant*,¹⁶⁹ pôde ele através dos estudos distinguir a alienação da histeria e da epilepsia, sendo famoso, inclusive, pela utilização da hipnose, largamente usada como forma de tratamento das doenças mentais,¹⁷⁰ o que atraía também outros estudiosos de países estrangeiros,¹⁷¹ de tal sorte que Camille Rouzeaud chegou a afirmar, em sua tese de doutoramento na Faculdade de Medicina de Paris, que o século XIX, tal como o século XVI, poderia ser chamado de século do hipnotismo.¹⁷²

O exponencial trabalho de Jean-Martin Charcot atraiu, inclusive, a atenção de autoridades e personalidades estrangeiras, entre as quais o imperador brasileiro D. Pedro II, de quem viria a se tornar amigo próximo e médico pessoal, e estaria até mesmo no leito de morte do deposto e exilado monarca na cidade luz, em 05 de dezembro de 1891, lavrando, inclusive, a certidão de óbito.¹⁷³

¹⁶⁹ CHARCOT, Jean-Martin. Oeuvres complètes: leçons sur les maladies du système nerveux. v. 3. Paris: Lecrosnier et Babé Libraires - Editeurs. 1890. p. 4. Na primeira lição, denominada por Charcot como *leçon d'ouverture*, tratando da criação da cadeira universitária de clínica das doenças do sistema nervoso, sobre aquele hospício-hospital, à época contendo mais de cinco mil pessoas internadas, afirma: "[n]ous sommes, en d'autres termes, en possession d'une sorte de *musée pathologique vivant*, dont les ressources sont considérables." E à p. 5, afirma que possuíam os franceses naquele local um *musée anatomo-pathologique*.

¹⁷⁰ MAGNIN, Paul. Étude clinique et expérimentale sur l'hypnotisme de quelques effets des excitations périphériques chez les hystéro-épileptiques. Paris: A. Delahaye et E. Lecrosnier, Éditeurs. 1884. BÉRILLON, Edgar. L'hypnotisme et l'orthopédie mentale. Paris: Rueff & Cie, Éditeurs. 1898. BÉRILLON, Edgar. Histoire de l'hypnotisme expérimental. Paris: Vigot Frères, Éditeurs. 1902. Nesta pequena obra, apresentada como conferência no 2º Congresso de Hipnose, o autor expõe o trabalho de Jean-Martin Charcot. O autor menciona diversos médicos que antes e após Charcot foram adpetos da prática hipnótica como tratamento de patologias, havendo referência até mesmo da hipnose nos casos de alcoolismo.

¹⁷¹ Talvez o mais ilustre estrangeiro atraído pela fama do médico francês tenha sido Sigmund Freud, o qual acompanhou pessoalmente por três meses, entre o final de 1885 e início de 1886, as aulas e trabalhos clínicos de Jean-Martin Charcot, e ao retornar à Áustria, discordando do uso da hipnose no tratamento dos enfermos mentais e psíquicos ao entendimento de que a conversa com o paciente surtiria maior efeito, deu início àquilo que viria a ser chamada de psicanálise. A influência de Charcot sobre a vida de Freud foi além da medicina, tendo o pai da psicanálise batizado seu filho com o nome de Jean Martin em homenagem ao seu mestre francês.

¹⁷² ROUZEAUD, Camille. L'hypnotisme et la psychothérapie au XVI^e Siècle. Thèse pour le doctorat en médecine. Faculté de Médecine de Paris. Paris: Jouve & Cie, Éditeurs. 1918. p. 9.

¹⁷³ Um notório fato histórico envolvendo o médico francês Jean-Martin Charcot foi sua amizade com o imperador D. Pedro II mesmo antes de seu exílio – e de toda a família real –, ocasionado com o golpe republicano e a instalação da República em 15 de novembro 1889, e, portanto, antes do deposto imperador instalar-se na França. Charcot tornou-se médico pessoal do imperador na Europa, muito embora tivesse o monarca brasileiro a companhia constante do médico Cláudio de Motta Maia, a quem conferiu o título de conde de Motta Maia. Os encontros com o médico francês não se restringiam à cidade de Paris. Quando na Europa a descanso ou mesmo para tratar de sua saúde, D. Pedro II chegou a encontrar-se com Charcot na Bélgica, na Itália, e mesmo em outras cidades francesas, como ocorreu em Nice, e segundo Benjamin Mossé, os médicos atribuíam o cansaço, enfraquecimento e enfermidade ao excesso de trabalho e à grande atividade do monarca. Quando da morte do imperador, no dia 05 de dezembro de 1891, no Hotel Bedford, localizado no número 17 da *rue de l'Arcade*, em que se hospedava D. Pedro II – próximo à Igreja de Madeleine, na qual viria a ser velado com as honras de Estado conferidas pela França e aceitas humildemente pela princesa Isabel –, Jean-Martin Charcot lavrou de próprio punho a Certidão de Óbito, assinada juntamente com outros dois médicos, a saber, o médico particular do monarca, Cláudio de Motta Maia (conde de Motta Maia), e Charles Bouchard, na qual apontaram como *causa mortis* pneumonia, que, como se sabe, resultou da evolução de um resfriado que contraíra D. Pedro II ao sair certa noite, no final do mês de novembro daquele ano, em carruagem aberta às margens do rio

Na seara legislativa, Gabriel Baudry-Lacantinerie e Maurice Houques-Fourcade narram a evolução do tratamento jurídico conferido aos alienados em França. Também fazem uma análise, exclusivamente do ponto de vista civil, dos alienados em situação de internação, interditados ou não interditados, regida pela Lei de 30 de Junho de 1838, diploma normativo que inaugurou no campo legislativo a expressão "alienados" para referi-se àqueles incapazes mentais, psíquicos ou intelectuais.¹⁷⁴ Também apresentam os autores o tratamento conferido nos países vizinhos, como Alemanha, Inglaterra, Bélgica, Espanha, Itália, Países Baixos, Rússia, países escandinavos, Suíça.¹⁷⁵

4.5 A experiência brasileira desde as Ordenações do Reino de Portugal

Na época do descobrimento do Brasil, em 1500, vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal,¹⁷⁶ contido o direito civil nos Livros III e IV, e em alguns títulos dos Livros I e II, reservado o Livro V exclusivamente ao Direito Criminal. Ocorre que a Lei de 29 de janeiro de 1643 confirmou e revalidou as Ordenações Filipinas, determinando sua observância em todos os "reinos e senhorios" da Coroa portuguesa, o que, à evidência, incluía o Brasil. Com

Sena, talvez na busca de conforto à alma. E, como que por ironia do destino, o esquife do imperador viria a circular também em carruagem aberta pelas ruas da cidade luz. A capa da edição de 26.12.1891 do *Le Petit Journal*, preservada na Biblioteca Nacional da França, trouxe estampada a carruagem com o esquife do imperador nas ruas de Paris com honras de Estado, e na p. 8, a última do jornal, afirma que, "na medida do possível, Paris procurou apagar a impressão sinistra, a França republicana ter prestado uma homenagem deslumbrante ao imperador brasileiro", conforme lê-se no original: "[d]ans la mesure du possible, Paris a tenu à effacer l'impression sinistre, la France républicaine a rendu un hommage élatant à l'empereur brésilien". Algumas fontes narram inclusive que o filho de Charcot, Jean-Baptiste, estudante de medicina à época, acompanhou o embalsamento do esquife do imperador brasileiro no dia 06 de dezembro de 1891. Segundo apontam os historiadores, Charcot também era o médico que tratava a enfermidade mental do príncipe Pedro Augusto de Saxe Coburgo, filho princesa Leopoldina, falecida ainda jovem, sendo ela a terceira filha de D. Pedro II. Pedro Augusto, teria manifestado estado de loucura (delírios de perseguição) no navio que levou a família imperial ao exílio, tendo sempre como apoio sua tia, a princesa Isabel. Confira-se, por todos: MOSSÉ, Benjamin. Dom Pedro II imperador do Brasil. São Paulo: Edições Cultura Brasileira S/A. (Collecção Grandes Homens. v. 11. Vida de Dom Pedro II). 1890. BARMAN, Roderick J. Citizen Emperor: Pedro II and making Brazil, 1825-1891. Stanford University Press. 1999. BARMAN, Roderick J. Imperador cidadão. São Paulo: Editora Unesp/Imprensa Oficial. 2012. CARVALHO, Afonso Celso Vilela de Carvalho. Exílio e morte de d. Pedro II. In: Anuário do Museu Imperial. v. 36. 1975. Petrópolis/RJ. p. 103-17. Disponível em: <<https://museuimperial.museus.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/1975-Vol.36.pdf>>. Acesso em 09 fev. 2021.

¹⁷⁴ Sobre a evolução da questão dos alienandos, antes e após a Lei de 1838, na sociedade francesa, confira-se: BALL, Benjamin. Leçons sur les maladies mentales. Paris: Asselin et C^e, Libraires de la Faculté de Médecine. 1880. p. 847 e seguintes.

¹⁷⁵ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; HOUQUES-FOURCADE, Maurice. Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes. v. 4. 2. ed. Paris: L. Larose & L. Tenin. 1905. p. 711 e seguintes.

¹⁷⁶ Ordenações Afonsinas em 1446; Ordenações Manuelinas em 1521; e, posteriormente, Ordenações Filipinas em 1603.

a independência do Brasil, proclamada em 7 de setembro de 1822, convocou-se Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, a qual decretou a Lei de 20 de outubro de 1823, sancionada por D. Pedro I, e que foi, nas palavras de Cândido Mendes de Almeida,¹⁷⁷ um dos primeiros e mais importantes atos daquela Assembleia, pela qual mandou, inobstante a independência havida, vigorar em nosso país as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelas quais o Brasil se governava até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alteradas. Segundo afirma Abelardo Saraiva da Cunha Lobo,¹⁷⁸ pode-se dizer que foi a Lei de 20 de outubro de 1823 que iniciou a formação do direito privado brasileiro, pois foi o primeiro ato legislativo sobre tal matéria, oriundo do voto expresso dos representantes da nação independente.

Somente com o Código Civil brasileiro, Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916, que entrou em vigor em janeiro de 1917, o direito civil deixaria de vincular-se primordialmente ao regramento português, embora este ainda exercesse grande influência nas terras brasileiras.¹⁷⁹ Sobre aquele momento histórico, lembra Cândido Mendes de Almeida,¹⁸⁰ em sua nota ao leitor antecedente às Ordenações Filipinas, que nosso legislador constituinte fez ao País, no art. 179, § 18, da Constituição de 1824, após a proclamação da Independência, a solene promessa de dotar o Brasil com dois códigos, um Criminal e o outro Civil, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade, sendo que a primeira parte desta obrigação foi logo satisfeita com a Lei de 16 de Dezembro de 1831, que instituiu o Código Criminal do Império, representando o trabalho mais importante da primeira legislatura. Vinte anos após a promulgação deste Código decretou-se a Lei 556, de 25 de Junho de 1850, que instituiu o Código Comercial. Após árduo trabalho na elaboração e revisão do Projeto de codificação civil surge o Código Civil de 1916.

4.6 Os incapazes mentais nas Ordenações

¹⁷⁷ ALMEIDA, Candido Mendes de. Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal. Livro 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870. p. xxxvi. O autor faz em seu introito, às p. v-xxxvi, interessante histórico da legislação portuguesa e do Brasil Império, não sem antes narrar a evolução legislativa desde o direito romano, vez que applicava-se este, juntamente com o direito canônico, ao direito português. A Lei de 20 de outubro de 1823 encontra-se à p. lxxv.

¹⁷⁸ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Curso de direito romano. p. 580.

¹⁷⁹ Sobre o histórico da codificação brasileira, consulte-se: DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2011.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de. Código philippino..., Livro 1. p. v.

As Ordenações traziam diversas normas protetivas relativamente aos incapazes mentais, intelectuais ou psíquicos. Vimos anteriormente que os enfermos mentais são designados nas leis das XII Tábuas pela expressão *furiosus*, e que Juliano, Ulpiano e Macer usam as palavras *demens* e *dementia*, sendo que em outros fragmentos aparecem a expressão *mentecaptus* e *mentis non compos*.¹⁸¹ Nas Ordenações as palavras *sandeu*, *furioso*, *mentecapto*,¹⁸² *desasisado* e *desmemoriado* são expressões utilizadas para referir-se ao incapaz mental, psíquico e intelectual, apresentando Cândido Mendes de Almeida em suas notas a distinção e entre *desasisado* e *desmemoriado*¹⁸³.

Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXXXI, lemos que o furioso estava proibido de fazer testamento – salvo nos intervalos lúcidos –, assim como o que nasceu *mentecapto* ou que veio a carecer de juízo por doença ou qualquer outra maneira. O Título CIII, do mesmo livro, estabelecia curadores aos "desasisados", "dememoriados", "sandeus", "furioso" – salvo nos intervalos lúcidos, mas nesse caso não deixava seu pai ou sua mulher de

¹⁸¹ RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro. v. 2. t. 2. p. 93-4. Aponta o autor que o código civil francês de Napoleão (at. 489) distinguiu a imbecilidade, a demência e o furor. A imbecilidade, aduz, é o enfraquecimento mental semelhante ao da infância, ou da extrema decrepitude; a demência exprime genericamente a ausência da razão, com seus variados acidentes; o furor é uma das espécies da demência, e é caracterizado pela violência e ferocidade. A medicina legal, prossegue o autor fundado em Pinel e Esquirol, costuma dividir a alienação mental em mania, monomania ou melancolia, demência e idiotismo.

¹⁸² *Mentecapto* é o falta de entendimento, segundo preleciona Cândido Mendes de Almeida em nota ao Título LXXXI, do Livro IV, das Ordenações (p. 908). Confirma-se ainda a nota 2 ao parágrafo 1, do Título CII, à p. 996, na qual o autor esclarece que *sandeu* equivale a *mentecapto* e louco.

¹⁸³ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Codigo philippino...*, Livro 4. p. 1004. Esclarece o autor, relativamente à Curatela estabelecida no Título CIII, do Livro IV, que "*desasisado*, propriamente, é o falta de siso, e de juízo, louco completo", enquanto que "*desmemoriado*, é o falta de memória, esquecido, propriamente o idiota, o demente". Aduz o autor que José da Foncêca (sic), no seu Dicionário de Sinônimos, faz a seguinte distinção entre *demência* e *loucura*, mantida a redação original: "*A demência* é a abolição total da faculdade de raciocinar; é um estado de estupidez em que a inteligência se esvanece, a fantasia se desordena, e a memória se diminui e transtorna, apresentando só ideias inconexas e disparatadas, que o *demente* se obstina em olhar como muito razoáveis. Nesta qualidade convém a *demência* com a *loucura*; com a diferença que aquela costuma nascer de 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, à toda a paixão exaltada, que arrebatava até ao *delírio*, e a cometer ações culpáveis e desordenadas." Confirma-se, ainda: CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Incapacidade civil e restrições de direito. v. 1. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1957. p. 81. O autor informa que como *furiosus* entendia-se o homem que está em demência com intervalos lúcidos, e durante esses acessos de loucura não podia praticar nenhum ato jurídico, nem ilícito, por faltar a vontade, que é a essência de qualquer ato (Inst. 3, 19, § 8; D. 9, 2, fr. 5, § 2 *initio*); era assimilado ao infante, totalmente incapaz. Na pag. 88 aduz o autor que os textos distinguem indubitavelmente a curatela dos *furiosi* instituída pela Lei das XII Tábuas (Inst. 1, 23, § 3), e a dos *mentecaptos* (Inst. 1, 23, § 4) e fátuos (D. 3, 1, fr. 2), além dos dementes (D. 27, 10, fr. 7, § 7 etc.). Esclarece o autor que geralmente se entende que a diferença entre *furioso* e *mentecapto* resulta de que o primeiro se acha num estado de demência que, embora habitual, comporta intermitências e intervalos lúcidos, ao passo que a do segundo apresenta um estado permanente de imbecilidade ou fraqueza das faculdades intelectuais sempre do mesmo grau. O filho do *mentecapto* podia casar sem autorização especial (constituição do imperador Marco Aurélio), enquanto o filho do furioso deveria esperar o momento de lucidez paterna para lhe obter o consentimento.

serem curadores nos momentos de lucidez –, e, no Título CII encontramos regra segundo a qual não poderia o sandeu ser tutor ou curador de órfãos. No Título LXXXV lemos que o furioso não podia ser testemunha em testamentos. Por outro lado, no Livro LXXXVII, parágrafo 11, a *substituição exemplar* testamentária, que era aquela que um ascendente fazia ao seu descendente impedido de testar por impedimento natural e perpétuo, poderia ser feita nos casos do furioso e o mentecapto, e as Ordenações indicavam a redação da cláusula, a saber, "instituo a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro: e se falecer durando o furor, que tem, seja seu herdeiro Paulo".

4.7 O surgimento dos asilos manicomiais no Brasil Império e a evolução legislativa

Ocorre, porém, que o tratamento legislativo visava em primeiro plano a proteção patrimonial, para somente em segundo plano alcançar a proteção à pessoa do incapaz. Não se pode olvidar, todavia, que a segregação dos incapazes com o surgimento dos asilos, manicômios e estabelecimentos de internação no Brasil tenha sido influenciada pela experiência estrangeira, sobretudo a francesa, inclusive com estabelecimentos que receberam nomes dos médicos alienistas da França, como por exemplo, Philippe Pinel, cujo sobrenome chegou mesmo a ser utilizado, até um passado recente, como adjetivo em substituição à palavra "doido" e "louco".

Na esteira do movimento asilar especializado que tomava força na Europa e na América do Norte,¹⁸⁴ e sobretudo em decorrência da influência mundial dos trabalhos médicos de Philippe Pinel e Jean-Etienne-Dominique Esquirol, o jovem imperador do Brasil, D. Pedro II, aos quinze anos de idade, no mesmo dia de sua sagração e coroação,¹⁸⁵ expediu, como primeiro ato assinado após a coroação,¹⁸⁶ o Decreto 82, de 18 de julho de 1841, pelo

¹⁸⁴ Além dos livros em língua inglesa acima referidos neste trabalho, retratando o panorama da questão na América do Norte, confira-se ainda, sobre a experiência canadense, a obra de Harvey Gerald Simmons (*From asylum to welfare*), anteriormente referida. O autor narra a experiência canadense desde o ano de 1831 e a influência europeia., bem como relata o surgimento dos asilos canadenses para deficientes mentais e a posterior política de desinternação.

¹⁸⁵ Diário do Rio de Janeiro. Ano XX. Edição 157. 19/07/1841. p. 2. O jornal fluminense noticiou no dia seguinte à coroação o ditoso evento, sendo interessante a consulta. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=094170_01&pagfis=24242>. Acesso em 09 fev. 2021.

¹⁸⁶ É esta a redação do Decreto 82, de 18 de julho de 1841: "Desejando assignalar o fausto dia de Minha Sagração com a criação de um estabelecimento de publica beneficencia: Hei por bem fundar um Hospital

qual fundou "um hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com a denominação de Hospício Pedro Segundo",¹⁸⁷ instituição que começou a funcionar em 08 de dezembro de 1852, com o recebimento oficial de doentes mentais, com a observância dos estatutos criados pelo Decreto 1.077, de 4 de dezembro de 1852, os quais afirmaram a destinação do estabelecimento para tratamento de ambos os sexos, sem distinção de condição, naturalidade e religião (art. 1º), e estabeleceram critérios rígidos, como certidão de sentença do juiz dos órfãos que tivessem julgado a demência, ou laudo clínico que certificasse a alienação mental, para que somente enfermos fossem encaminhados ao nosocômio, evitando-se abusos, ou ainda a incumbência do Provedor de visitar frequentemente os dormitórios e aposentos dos alienados, investigando pessoalmente o estado mental dos internos.¹⁸⁸ Também estabeleceu o art. 32 que os únicos meios de repreensão permitidos para obrigar os alienados à obediência eram: i) privação de visitas, passeios ou recreios; ii) diminuição de alimentos, dentro dos limites prescritos pelo servidor (clínico) do hospício; iii) reclusão solitária, com a cama e os alimentos que o médico prescrever, não excedendo dois dias cada vez em que aplicada a correção; iv) colete de força, com ou sem reclusão; v) banhos de emborcação, que somente poderiam ser empregado pela primeira vez na presença de médico (clínico), e nas demais, por pessoa e tempo que o alienista determinasse.

As transformações havidas na sociedade brasileira daquela época, a começar pelo Rio de Janeiro, então capital do Império, não passaram despercebidas ao escritor Machado de Assis, o qual, no final de 1882, publicou seu terceiro livro de contos entre os quais se encontra "O alienista",¹⁸⁹ que na personagem do médico Simão Bacamarte acusava, em forma de sátira, o excesso e a excitação na internação de dementes.

destinado privativamente para tratamento de alienados, com a denominação de – Hospício de Pedro Segundo –, o qual ficará anexo ao Hospital da Santa Casa da Misericórdia desta Côrte, debaixo da Minha Imperial Protecção, Applicando desde já para principio da sua fundação o producto das subscrições promovidas por uma Comissão da Praça do Commercio, e pelo Provedor da sobredita Santa Casa, além das quantias com que Eu Houver por bem contribuir. Candido José de Araujo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em dezoito de Julho de mil oitocentos quarenta e um, vigesimo da Independencia e do Imperio.". Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>>. Acesso em 09 fev. 2021. Confira-se ainda o Arquivo Nacional brasileiro. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/323-hospicio-de-pedro-segundo>>. Acesso em 09 fev. 2021.

¹⁸⁷ O Hospício Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, à época capital do Império, constituiu posteriormente, juntamente com as colônias de alienados de São Bento e de Conde de Mesquita, na Ilha do Governador, a Assistência Médica e Legal de Alienados, criada pelo Decreto 206-A, de 15 de fevereiro de 1890, e regulamentada pelo Decreto 508, de 21 de junho de 1890, como Assistência Médico-Legal de Alienados.

¹⁸⁸ Conforme arts. 11 a 17 do referido Decreto 1.077, de 4 de dezembro de 1852.

¹⁸⁹ ASSIS. Joaquim Maria Machado de. Contos: o alienista. Rio de Janeiro: Lombaerts e Cia. 1882.

O Decreto 142-A, de 11 de janeiro de 1890, desanexou do hospital da Santa Casa da Misericórdia da capital federal o Hospício Pedro II, constituindo-o estabelecimento público independente, o qual passou a denominar-se Hospício Nacional de Alienados. No mês seguinte, com o advento do Decreto 206-A, de 15 de fevereiro de 1890,¹⁹⁰ criou-se a Assistência Médica e Legal de Alienados, nacionais e estrangeiros (at. 2º), e, segundo asseverava o artigo 13, seriam admitidas em asilos especiais exclusivamente destinados à reclusão e ao tratamento “todas as pessoas que, por alienação mental adquirida ou congênita” perturbassem a tranquilidade pública, ofendessem a moral e os bons costumes ou que atentassem contra a vida de outrem ou contra a própria”. O Decreto 508, de 21 de junho de 1890, aprovou regulamento para a assistência médico-legal de alienados, estabelecendo novas disposições ao Decreto 206-A acima referido. Asseverava o art. 54 do Decreto 508, de 21 de junho de 1890, medidas de tratamento para manutenção da ordem entre os enfermos, de maneira que podia o diretor geral aplicar: i) privação de recebimento de visitas, passeios e quaisquer outras distrações; ii) reclusão à solitária; iii) colete de força e célula. Posteriormente, ao tempo da República, adveio o Decreto 791, de 27 de setembro de 1890,¹⁹¹ o qual criou no Hospício Nacional de Alienados uma escola de enfermeiros para tratamento dos doentes mentais, e trouxe até mesmo previsão de indenização aos enfermeiros diplomados e alunos que se tornassem inválidos no exercício profissional. Ainda na esteira das mudanças legislativas, o Decreto 2.467, de 19 de fevereiro de 1897, deu novo regulamento à Assistência médico-legal aos alienados.¹⁹²

¹⁹⁰ O Decreto 206-A, de 15 de fevereiro de 1890, trazia inúmeras regras relativas ao funcionamento e postura dos estabelecimentos manicomiais e de seus funcionários, e assim como as demais normas trazia significativa preocupação em receber apenas pessoas que efetivamente tivessem enfermidade mental.

¹⁹¹ É esta a redação do art. 1º, do Decreto 791, de 27 de setembro de 1890: "Fica instituída no Hospício Nacional de Alienados uma escola destinada a preparar enfermeiros e enfermeiras para ou hospícios e hospitais civis e militares.". O Decreto 791, de 27 de setembro de 1890, foi revogado pelo Decreto 99.999, de 11 de janeiro de 1991, figurando entre as centenas de normas listadas no extenso anexo, que elencava normas relativas ao período compreendido entre 1889 e 1955, com o fim de promover limpeza no sistema legal.

¹⁹² Vejamos a redação dos primeiros dispositivos do Decreto 2.467, de 19 de fevereiro de 1897: "Art. 1º A Assistência Médico-legal a Alienados, dependente do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, tem por fim socorrer, gratuitamente ou mediante retribuição, os indivíduos de ambos os sexos, sem distinção de nacionalidade ou procedência, que carecerem de tratamento por causa de alienação mental. Art. 2º Constituem a Assistência não só o pavilhão dos enfermos em observação e o Hospício Nacional, com um museu anatomopatológico, um gabinete electro-therapico, uma escola profissional de enfermeiros e as officinas que forem estabelecidas tendo-se em vista os recursos orçamentarios, mas tambem as colonias de alienados e quaesquer asylos de identica natureza que a União crear e mantiver na Capital Federal." Referido decreto continha disposições de caráter administrativo, tais como ingresso de servidores, escola de enfermeiros etc., e clínico. A admissão dos enfermos, sua classificação e tratamento eram regulamentadas a partir do art. 87, cujo *caput* dispunha: "Todos os individuos que, pela pratica de actos indicativos de alienação mental, tiverem de ser recolhidos ao hospicio, alli darão entrada provisoria, até se verificar a alienação nos termos do n. VII do art. 47; depois do que poderá ser autorisada a matricula pelo director, excepto tratando-se de estrangeiros que tenham de ser repatriados em virtude de accordo com os respectivos Governos.". Quanto aos legitimados a requerer a

Com o advento do Decreto 8.834, de 11 de julho de 1911, houve reorganização quanto à assistência dos alienados, com a manutenção, pela União, do Instituto de Neuropatologia, destinado à admissão dos enfermos suspeitos de alienação mental, o Hospital Nacional de Alienados e as Colônias de Alienados para homens e mulheres. Referido decreto elencou as carreiras necessárias aos estabelecimentos, e, quanto aos médicos alienistas e respectivos assistentes do hospital suas atribuições encontravam-se descritas nos arts. 37 e 38, e quanto às colônias, as atribuições dos alienistas encontravam-se no art. 76, com o que se verifica a seriedade científica governamental no tratamento dos doentes mentais. Digno de registro é o fato de que referido decreto, em seu art. 121, asseverava que os meios coercitivos, se indicados ao paciente acometido de doença mental, somente seriam aplicados após conferência entre dois médicos e o diretor do estabelecimento, com registro da deliberação em livro especial. Igualmente cumpre observar que o art. 150 e seguintes referiam-se aos estabelecimentos particulares destinados ao tratamento de alienados.

O Decreto 5.148-A, de 10 de janeiro de 1927, reorganizou a assistência dos "psicopatas", expressão que preferiu à de "doentes mentais" ou "alienados", conforme se verifica no seu art. 1º, e aplicava-se aos estabelecimentos públicos e privados, constando em seus dispositivos diversas regras com vistas ao cuidado do enfermo e o bom andamento dos estabelecimentos, notando-se exigência de que nos quadros manicomiais houvesse vários psiquiatras (art. 17). Pelo citado decreto passou o Hospital Nacional de Alienados, acima referido, a ser denominado Hospital Nacional de Psicopatas.

Segundo aponta o Arquivo Nacional,¹⁹³ a partir de 1852 foram construídos hospícios em outras localidades do Império, como, por exemplo, São Paulo (1852), Pernambuco (1864), Bahia (1874), Rio Grande do Sul (1844). Ainda em São Paulo, o Hospital Psiquiátrico do Juqueri, fundado em 1898 no extinto município de Juqueri, hoje município de

admissão dos enfermos no hospício, estatua o art. 91: "São competentes para requerer a admissão de enfermos, quer contribuintes, quer gratuitos: I - O ascendente ou descendente; II - O conjuge; III - O tutor ou curador; IV - O chefe de corporação religiosa ou de beneficencia." Referida norma tinha seus contornos de humanidade ao assegurar até mesmo banho de mar aos enfermos que desejassem, como se verifica no art. 107, e ainda, determinar a instalação de aparelhos de ginástica, biblioteca, jogos e instrumentos de música para recreio dos enfermos (art. 109). Todavia, o art. 111 estabelecia como meio de tratamento e para manutenção da ordem entre os enfermos, à escolha do médico-chefe: i) privação de recebimentos de visitas, passeios e outras distrações; ii) reclusão à solitária; iii) utilização do colete de força ou da célula. Curiosamente, enquanto o interno pensionista tinha direito a ser visitado duas vezes por semana, o enfermo não pagante, chamado de "indigente" pela norma, somente tinha direito a receber visita no primeiro domingo do mês, salvo licença do médico em caráter extraordinária (art. 114).

¹⁹³ Conforme: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/323-hospicio-de-pedro-segundo>>. Acesso em 09 fev. 2021.

Franco da Rocha,¹⁹⁴ teve grande relevância. Um dos mais famosos manicômios foi o Hospital Colônia de Barbacena, posteriormente designado Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, cidade localizada no Estado de Minas Gerais, estabelecimento criado em 1903, conhecido popularmente como "Colônia",¹⁹⁵ e em cujas dependências verdadeiras atrocidades foram verificadas, sendo que muitos dos internos não possuíam enfermidade mental mas eram enviados para o asilo como se dementes fossem, computando-se naquele lugar a morte de aproximadamente sessenta mil infelizes almas, fatos que foram desvendados de maneira abrangente no documentário cinematográfico realizado por Helvécio Ratton em 1979, denominado "Em nome da razão",¹⁹⁶ e aprofundados no estudo investigativo da jornalista Daniela Arbex,¹⁹⁷ que culminou em 2013 na obra jornalístico-literária "Holocausto brasileiro", e ensejou em 2016 o documentário cinematográfico de mesmo nome pela rede de televisão HBO, lançado em mais de quarenta países,¹⁹⁸ desvendando, ambos os trabalhos, ter havido no Brasil verdadeiro campo de concentração no que se referiu aos *dementes*, com milhares de mortos, sendo que segundo referida jornalista, apenas em onze anos, entre 1969 e 1980, houve a venda ilegal de 1.853 cadáveres para faculdades de medicina do país a fim de que fossem utilizados nas aulas de anatomia, e quando o mercado se tornou escasso, os

¹⁹⁴ O médico Francisco Franco da Rocha inaugurou o Asilo de Alienados de Juqueri em 18 de maio de 1898, e mais tarde, em 1927, foi inaugurado na mesma fazenda Juqueri o manicômio judiciário, a fim de separar os enfermos mentais comuns daqueles que respondiam processo-crime, com o que denominou-se Hospital e Colônia de Juqueri.

¹⁹⁵ Em 1911 o centro hospitalar psiquiátrico tornou-se hospital-colônia, e pretendia ter no trabalho a principal forma de terapia. Consulte-se: <<http://www.fhemig.mg.gov.br/atendimento/complexo-de-saude-mental/centro-hospitalar-psiquiatrico-de-barbacena>>. O hospício de Barbacena chegou a ter mais de dois mil internos, muitos dos quais viviam nus. Em 1961 estima-se que referido hospício estivesse com cinco mil *pacientes*.

¹⁹⁶ O documentário cinematográfico "Em nome da razão", produzido em 1979 por Helvécio Ratton, pode ser encontrado em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cvjyjwI4G9c>>. Acesso em 09 fev. 2021.

¹⁹⁷ ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro. 1. ed. São Paulo: Editora Geração. 2013. ARBEX, Daniela. Holocausto brasileiro. 1. ed. São Paulo: Editora Intrínseca Ltda. 2019. Segundo a jornalista Daniela Arbex apurou, a maioria dos "pacientes" foram internados à força, e cerca de 70% dos internos não possuía diagnóstico de doença mental, vez que tratava-se apenas de epléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, ou pessoas que haviam se tornado ameaça ou incômodo às pessoas que as circundavam, como por exemplo filhas de fazendeiros que haviam perdido a virgindade, moças de família vítimas de estupro praticado pelos patrões ou esposas a quem os maridos desejavam repudiar sem a "separação" estabelecida no Código Civil de 1916, antes do advento da lei do divórcio de 1977. Segundo a autora, os internos tinham suas cabeças raspadas ao chegarem ao hospício de Barbacena, não ouviriam seus nomes verdadeiros novamente, e dificilmente receberiam visitas de familiares ou amigos. Até mesmo registro de ao menos 33 crianças a jornalista apurou como tendo sido enviadas àquele manicômio. Muitos foram os raptos de bebês que lá nasceram, os quais eram entregues à adoção fora dos muros do hospital psiquiátrico. A frequência e intensidade dos eletrochoques impostos aos *pacientes* eram tamanha que muitas vezes a cidade inteira padecia de abrupta queda de energia elétrica. As pessoas que ingressavam à força no "vagão de loucos" do trem com destino a Barbacena encontrariam o horror dentro dos muros do detestável manicômio; muitos morreriam de frio, fome, doenças, e até de choque. Sobreviventes, funcionários do manicômio, da companhia de férrea, fotógrafos, jornalistas e familiares das vítimas foram entrevistados pela autora na composição de seu trabalho referencial.

¹⁹⁸ O documentário cinematográfico "Holocausto brasileiro", lançado pela rede de televisão HBO, dirigido por Daniela Arbex e Armando Mendz, pode ser encontrado na íntegra em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5eAjshaa-do>>. Acesso em 09 fev. 2021.

cadáveres eram dissolvidos em ácido à vista dos demais *pacientes*, a fim de que fossem os ossos vendidos. Naquele manicômio eram os internos infligidos com *tratamento* de eletrochoque, lobotomia, neoleto na veia, dentre outros, *tratamentos* esses que não eram exclusividade apenas do asilo de Minas Gerais.

O médico italiano Franco Basaglia,¹⁹⁹ árduo defensor da *desinstitucionalização* e de reforma psiquiátrica que representasse tratamento humanizado aos enfermos mentais, esteve no hospício de Barbacena em 1979, ficando estarecido com o que encontrou. Embora tenha visitado outros manicômios no Brasil foi o de Barbacena o que mais o espantou, a ponto de compará-lo a um campo de concentração nazista, afirmando ser aquele hospício o pior lugar de tratamento que havia visitado.

Merece igualmente referência, por sua importância e pertinência, a criação da Liga Brasileira de Higiene Mental em 1926. Anos mais tarde, na época do então presente de república Getúlio Vargas, foi editado o Decreto 24.559, de 03 de julho de 1934 – revogado pelo Decreto 99.678, de 8 de novembro de 1990 –, o qual surgiu como a segunda Lei Federal de Assistência aos Doentes Mentais, diploma que, evitando a utilização da expressão *loucos de todo o gênero* contida no *Codex*, dispôs sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos *psicopatas*, a fiscalização dos serviços psiquiátricos, havendo referido

¹⁹⁹ BASAGLIA, Franco. A instituição negada: relato de um hospital psiquiátrico. Rio de Janeiro: Graal. 1985. O livro "Instituição negada" relata a experiência vivenciada por Franco Basaglia e outros médicos que partilhavam com ele o mister. BASAGLIA, Franco; BASAGLIA, Franca Olga. Un problema di psichiatria istituzionale (dalla vita istituzionale alla vita di comunità). In: BASAGLIA, Franca Olga. (Org.) Basaglia Scritti. Torino: Einaudi. 1981. Franco Basaglia, assim como muitos médicos estrangeiros e brasileiros, defendeu a reforma psiquiátrica para que houvesse a *desinstitucionalização* ou desospitalização, o que ficou conhecida como *luta antimanicomial*. O trabalho de Franco Basaglia nas cidades italianas de Gorizia e Trieste influenciaram no advento da Lei 180, 13 de maio de 1978, publicada na *Gazzetta Ufficiale* daquele país em 16 de maio de 1978, conhecida como lei Basaglia. Referida lei estabeleceu tratamento de saúde voluntário e obrigatório, conferindo ao paciente liberdade de escolha nas hipóteses que elencou, assegurando-lhe o direito de comunicação com quem desejasse o paciente mesmo nas hipóteses de internação obrigatória, respeitando-se sua vontade quanto aos exames e tratamentos de saúde. Mesmo em se tratando de internação obrigatória o art. 4º da lei assegurou ao paciente o direito de requerer à autoridade administrativa ou judicial a revogação da internação e do tratamento médico. Confira-se referida lei em: <https://www.gazzettaufficiale.it/atto/stampa/serie_generale/originario>. Acesso em 09 fev. 2021.

A Lei 180/1978 alterou parcialmente a Lei 36 de 14 de fevereiro de 1904, também chamada lei Giolitti em alusão ao então ministro do interior Giovanni Giolitti, considerada a primeira lei orgânica do estado italiano em matéria psiquiátrica, e que trazia "disposições sobre manicômios e alienados, custódia e cuidado destes, e cujo art. 1º afirmava que a internação destinava-se ao enfermo perigoso a si ou aos outros, ou se era causa de escândalo público e não fosse ou não pudesse ser custodiado fora do manicômio, e que em seu bojo atribuía ao diretor do manicômio poderes quase ilimitados sobre os internados e as hipóteses de internação e libertação, e imprimia nos asilos um papel repressivo e marginalizador, o que trazia crítica de afronta às liberdades individuais do paciente. Sobre o tema, confira-se: ANFOSSO, Luigi. La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati. O autor discorre em sua obra sobre a lei e seu regulamento. Esta lei sofreu nova alteração com o advento do DL 112, de 25 de junho de 2008, convertido na Lei 133, de 06 de agosto de 2008.

diploma estabelecido a internação hospitalar como tratamento.²⁰⁰ O art. 2º do Decreto instituiu um Conselho de Proteção aos Psicopatas com diversos membros, entre os quais juízes, médicos, chefe de polícia e advogado representando a Ordem dos Advogados do Brasil. De acordo com Miguel Maria de Serpa Lopes,²⁰¹ o Decreto 24.559/1934 modificou o inciso II do art. 5º, do Código Civil, quanto aos *loucos de todo o gênero*. Para Antônio Chaves,²⁰² o inciso II do art. 5º, do Código foi completado pelo Decreto 24.559/1934, relativo à proteção da pessoa e bens dos psicopatas, e pelo Decreto 891, de 25 de novembro de 1938, que aprovou a lei de fiscalização de entorpecentes. Com efeito, o art. 26 do Decreto

²⁰⁰ Confira-se os arts. 3º a 5º, do Decreto 24.559, de 03 de julho de 1934, mantida a redação original: "Art. 3º A proteção legal e a prevenção a que se refere o art. 1º deste decreto, obedecerão aos modernos preceitos da psiquiatria e da medicina social. § 1º Os psicopatas deverão ser mantidos em estabelecimentos psiquiátricos públicos ou particulares, ou assistência hetero-familiar do Estado ou em domicílio, da própria família ou, de outra, sempre que neste lhes puderem ser ministrados os necessários cuidados. § 2º Os menores anormais somente poderão ser recebidos em estabelecimentos psiquiátricos a eles destinados ou em seções especiais dos demais estabelecimentos especiais dos demais estabelecimentos desse gênero (sic). § 3º Não é permitido manter doentes com distúrbios mentais em hospitais de clínica geral a não ser nas seções especiais de que trata o parágrafo único do art. 4º. § 4º Não é permitido conservar mais de três doentes mentais em um domicílio, observando-se, porém, o disposto no art. 10. § 5º Podem ser admitidos nos estabelecimentos psiquiátricos os toxicômanos e os intoxicados por substâncias de ação analgésica ou entorpecente por bebidas inebriantes, particularmente as alcoólicas." Interessante disposição encontrava-se no art. 7º, que dispunha sobre o regime de internação, mas deixava aos enfermos certa autonomia na decisão da internação, como lemos no texto original, mantida a gramática de outrora: "Art. 7º Os estabelecimentos psiquiátricos públicos dividir-se-ão, quando ao regimen, em abertos, fechados e mixtos. § 1º O estabelecimento aberto, ou a parte aberta do estabelecimento mixto, destinar-se-á a receber: a) os psicopatas, os toxicômanos e intoxicados habituais referidos no § 5º do art. 3º que necessitarem e requererem hospitalização. b) os psicopatas, os toxicômanos e intoxicados habituais que, para tratamento, por motivo de seu comportamento ou pelo estado de abandono em que se encontrarem, necessitarem de internação e não a recusarem de modo formal; c) os indivíduos suspeitos de doença mental que ameacem a própria vida ou a de outrem, perturbarem a ordem ou ofenderem a moral pública e não protestarem contra sua hospitalização; d) os indivíduos que, por determinação judicial, devam ser internados para avaliação de capacidade civil. § 2º O estabelecimento fechado, ou a parte fechada do estabelecimento mixto, acolherá: a) os toxicômanos e intoxicados habituais e os psicopatas ou indivíduos suspeitos, quando não possam ser mantidos em estabelecimentos psiquiátricos, ou os que, por suas reações perigosas, não devam, permanecer em serviços abertos; b) os toxicômanos e intoxicados habituais e os psicopatas ou indivíduos suspeitos cuja internação for determinada por ordem judicial ou forem enviados por autoridade policial ou militar, com a nota de detidos ou à disposição de autoridade judiciária. § 3º Nos casos de simples suspeita de afecção mental, serão devidamente observados em seções próprias, antes da internação definitiva." O art. 9º da lei estabelecia que "[s]empre que, por qualquer motivo, fôr inconveniente a conservação do psicopata em domicílio, será o mesmo removido para estabelecimento psiquiátrico". As regras para internação compulsória ou a pedido do enfermo encontravam-se no art. 11. O art. 19 do Decreto asseverava que ao psicopata internado voluntariamente em serviço aberto seria concedida alta quando a pedisse, salvo caso de iminente perigo para si mesmo, para outrem ou para a ordem pública. O capítulo destinado à proteção à pessoa e bens dos psicopatas tem início com o art. 26, qual afirmava serem absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os psicopatas declarados por perícia médica. O § 2º do art. 27 do referido decreto trazia previsão de nomeação de administrador provisório por até dois anos, antes de decreto de interdição, sujeitando-se o suprimimento da capacidade à lei civil. A administração provisória e a curatela caberia, segundo § 2º do art. 28 às pessoas designadas no art. 454, do Código Civil.

²⁰¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. v. 1. p. 311. Lembra o autor que a questão dos entorpecentes e a incapacidade daí decorrente passou a ser tratada na Lei 6.368/1976 (regulada pelo Decreto 78.992/76), cujo art. 29 tratava da internação do incapaz. O art. 32 trata da necessidade de perito preferencialmente especializado em psiquiatria. Quanto ao registro da interdição, LRP 6.015/73, art. 92, e não mais o art. 103, Dec. 4.857/1939. Decreto-lei 1.000/1969, art. 89, superação por leis que o sucederam.

²⁰² CHAVES, Antônio. Enciclopédia Saraiva de Direito. Verberbe: incapaz(es) absolutamente. v. 43. São Paulo: Saraiva. s.d. p. 190 e ss. O autor, em seu *Tratado de Direito Civil*, v. 1, trata igualmente do assunto.

24.559/1934 asseverava que "[o]s Psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em fôrma regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil", estabelecendo o parágrafo único que "[s]upre-se a incapacidade pelo modo instituído na legislação civil ou pelas alterações constantes do presente decreto", estatuinto o § 3º, do art. 28 do decreto que o juiz, no despacho de nomeação do administrador provisório ou na sentença que decretasse a interdição, determinaria os limites da ação do administrador provisório ou do curador, fixando a incapacidade absoluta ou relativa do doente mental à vista das conclusões da perícia médica.

Não houve expressa mudança da criticada redação contida no Código Civil perpetrada pelo citado decreto, e deixar de chamar *louco* todo e qualquer doente mental para nominá-lo *psicopata* também não parece adequado em razão da ausência de abrangência de todas as situações que causam a incapacidade mental, psíquica e intelectual. O Decreto 24.559/1934, que entre as várias regras também tratou da interdição e, pormenorizadamente, da internação, ora utilizava a expressão "doente mental" (no singular ou no plural), ora utilizava a expressão "psicopatas", e permitia em certas situações a expulsão do estrangeiro portador de doença mental ou nervosa, congênita ou adquirida.²⁰³

Somente com o advento da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, considerada como a lei da reforma manicomial ou reforma psiquiátrica, a qual, aprimorando ações afirmativas, dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionou o modelo assistencial em saúde mental, extirpou-se em definitivo o pensamento asilar e institucional até então reinante, com o que houve de fato um novo paradigma no que se refere aos estabelecimentos asilares e manicomiais, na tentativa de deixar para trás o passado de terror causado pelos locais de *acolhimento* e *tratamento*. Enquanto o art. 2º da lei elencou diversos direitos aos enfermos mentais,²⁰⁴ estabeleceu o art. 3º ser "responsabilidade

²⁰³ O § 1º do art. 25 do Decreto 24.559/1934, como forma de concretizar o serviço de profilaxia mental do governo brasileiro, dispôs sobre a submissão de estrangeiros, que se destinassem a qualquer parte do território nacional ou requeressem naturalização, a exame de sanidade que precisasse o estado neuro mental, e o § 2º estabeleceu que "[o]s portadores de qualquer doença mental ou nervosa, congênita ou adquirida, não sendo casados com brasileiros natos ou não tendo filhos nascidos no Brasil, poderão ser repatriados, mediante acôrdo com os gôvernos dos respectivos países de origem".

²⁰⁴ Dispõe o art. 2º, da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001: "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

do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais".

Nessa esteira da responsabilidade social e administrativa, estatui o art. 4º que a internação somente será indicada nas hipóteses de insuficiência de resultado dos recursos extra hospitalares utilizados no enfermo mental.²⁰⁵ Para tais casos, estabeleceu o *caput* do art. 6º da lei que "[a] internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos", estatuinto o parágrafo primeiro que são considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: i) internação voluntária, sendo entendida como aquela que se dá com o consentimento do *usuário*; ii) internação involuntária, entendida como aquela que se dá sem o consentimento do *usuário* e a pedido de terceiro; e, iii) internação compulsória, entendida como sendo aquela determinada pela Justiça.²⁰⁶

Percebe-se que o legislador de 2001 evitou utilizar palavras tais como *alienados*, *doentes mentais*, *incapazes mentais* ou outras equivalentes, preferindo chamar o enfermo internando de *usuário*, como se fora *cliente* ao invés de *paciente*.

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."

²⁰⁵ Dipõe o art. 4º, da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001: "Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º."

²⁰⁶ Interessante reflexão e que gera avivados debates nos tribunais pátrios diz respeito à capacidade civil e a legalidade da internação psiquiátrica compulsória ou sua manutenção àqueles, considerados psicopatas ou sociopatas, que praticaram *atos infracionais* (análogos a homicídio e estupro, por exemplo) rumorosos e hediondos, como se verifica, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, no HC 169.172-SP, 4ª Turma, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 10.12.2013, DJe 5.2.2014 (Caso Champinha), no HC 135.271-SP, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 17.12.2013, DJe 4.2.2014, e no REsp 1.306.687-MT, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.3.2014, DJe 22.4.2014. Nesses casos os crimes foram cometidos quando ainda menores os agentes e, decorrido o prazo máximo de medida socioeducativa (três anos) do ECA, o MP requereu internação compulsória em razão da *capacidade* do infrator e o elevado risco de reincidência no cometimento de crime hediondo. Sobre a *loucura* e cometimento de crimes confira-se: FOUCAULT, Michel. Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. 137-71. Aula de 05 de fevereiro de 1975.

A fim de evitar artimanhas escusas no procedimento de internação, e, com isso, impedir abusos e violações aos direitos pessoais e patrimoniais do enfermo, estabelece o art. 8º da lei que a internação voluntária ou involuntária deve ser autorizada exclusivamente por médico registrado no estado da federação em que localizado o estabelecimento asilar, e, de acordo com o parágrafo primeiro do referido dispositivo, a internação psiquiátrica involuntária deve ser comunicada ao Ministério Público estadual no prazo de setenta e duas horas, pelo responsável técnico do estabelecimento asilar, procedimento a ser feito também quando da respectiva alta médica.

Visando evitar que o estabelecimento de internação funcione como verdadeira "caixa preta", determina o art. 10 da lei que a "[e]vasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência", sendo que o art. 11 estatui que "[p]esquisas 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". Verifica-se, pois, que a referida lei foi sucinta e expressa em tentar sepultar o espectro enigmático, e por vezes perverso, que pairava sobre os manicômios.

Paralelamente à evolução legislativa que tinha por objeto o tratamento clínico das pessoas com incapacidade mental, psíquica ou intelectual, outros monumentos legislativos foram forjados e tiveram importante papel para o estado atual estabelecido pelo estatuto da pessoa com deficiência.

4.8 O surgimento da expressão "loucos de todo o gênero"

Ainda antes do advento do Código Civil de 1916, dois diplomas penais teriam influência na área cível sobretudo em razão da nomenclatura utilizada para rereferir-se aos enfermos mentais, psíquicos e intelectuais. O primeiro deles, nove anos após a independência

no Brasil, sendo imperador D. Pedro I,²⁰⁷ e em cumprimento à alínea XVIII, do art. 179, da Constituição de 1824, foi a Lei de 16 de dezembro de 1830, que estabeleceu o Código Criminal do Império, cujo § 2º, do art. 10, inaugurou a expressão "loucos de todo o gênero",²⁰⁸ desbordando da expressão "alienados" consagrada em países europeus, como por exemplo, França e Itália. A expressão "louco" foi também utilizada no art. 12, do Código Criminal do Império.²⁰⁹ Após o golpe republicano de 1889, que destronou o imperador D. Pedro II e o expulsou do Brasil, bem como toda a família real, houve por bem o General Manoel Deodoro da Fonseca, sendo ministro da justiça Campos Sales, em editar o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, estabelecendo um Código Penal atualizado à nação,²¹⁰ cujo capítulo destinado às contravenções de perigo comum, no art. 378, alínea primeira, trazia igualmente em seu bojo a expressão "louco" ao tipificar o ato do guardião que propositadamente deixasse vagar o deficiente mental, ou que não informasse a autoridade competente quando o enfermo mental se evadisse de seus cuidados.²¹¹

A preocupação, todavia, com a circulação inatendida de deficiente mental em ambientes públicos não era novidade no Brasil. Isso porque a Lei de 1º de outubro de 1828, assinada pelo Imperador D. Pedro I, que criou em cada cidade e vila do Império as Câmaras Municipais, ao tratar no Título III sobre as posturas policiais das Câmaras, em seu art. 66,

²⁰⁷ Pedro I abdicou [do] trono em 07 de abril de 1831, em favor de seu filho infante Pedro II, retornando a Portugal.

²⁰⁸ Era esta a redação do art. 10, do Código Criminal do Império, preservada a grafia à época: "Art. 10. Também não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos. 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime. 3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis. 4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.". Perceba-se que o ordenamento jurídico de então admitia os intervalos lúcidos para efeito de afastar o estado de incapacidade do enfermo mental em algumas circunstâncias.

²⁰⁹ Era esta a redação do art. 12, do Código Criminal do Império, preservada a grafia à época: "Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas familias, como ao Juiz parecer mais conveniente."

²¹⁰ Confira-se, sobre a história do direito penal brasileiro: GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010. cap. 5.

²¹¹ Era esta a redação do art. 378, do Código Penal de 1890, preservada a grafia original: "Art. 378. Conservar soltos, ou guardados sem cautela, animaes bravios, perigosos, ou suspeitos de hydrophobia; deixar, neste ultimo caso, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir; [I] Deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou, quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente, para os fazer recolher; [II] Receber em casa particular, sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorização legal, pessoas affectadas de alienação mental; [III] Deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doentes de molestia infecciosa á autoridade competente, afim de que esta possa providenciar opportunamente na conformidade dos regulamentos sanitarios; [IV] Destruir ou remover signaes collocados na via publica para prevenir algum sinistro ou advertir de perigo os transeuntes; [V] Dar aviso falso de incendio: Pena – de multa de 50\$ a 100\$000."

álnea 3, conferiu-lhes o dever de cautela contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, embriagados, e animais ferozes.²¹²

Tobias Barreto de Menezes,²¹³ em sua obra *Menores e loucos em direito criminal*, dedicada exclusivamente à análise do art. 10 do Código Criminal do Império, apresentou críticas à forma como a legislação tratou da inimputabilidade das pessoas elencadas no referido dispositivo, às quais prefere denominar como hipóteses de "ausência de normalidade mental". Quanto à expressão sintética "loucos de todo o gênero", apontou o autor que conquanto simples e clara, larga e fecunda em sua simplicidade, não era bastante compreensiva para abranger a totalidade não só dos que padecem de qualquer desarranjo do mecanismo da consciência, como também dos que deixaram de atingir, por algum vício orgânico, o desenvolvimento normal das funções, ditas espirituais, sendo uns e outros isentos de imputação jurídica no campo penal. Para o autor, a simplificação do texto normativo à mera expressão "loucos de todo o gênero" não era suficiente para incluir todos os casos de perturbação de espírito ou de anomalia mental. Aduz referido autor que enquanto os franceses utilizavam várias expressões, tais quais *vesanie*, *deraison*, *absence de la raison*, *maladie de l'esprit*, *aliénation mentale*, e, *folie*, o legislador brasileiro simplificava tudo na expressão *loucura*, e, os italianos utilizavam o vocábulo *pazzia*, em oposição ao igualmente rico vocabulário dos ingleses, a saber, *mental derangement*, *mental alienation*, *mental disorder*, *insanity*, *lunacy*, *madness*, *craziness* ou *crazedness*, *frenzy*, *hallucination*, à semelhança das várias locuções utilizadas pelos alemães.

4.9 Os incapazes mentais nos projetos de código civil

²¹² É esta a redação do art. 66, alínea 3, da Lei de 1º de outubro de 1828, mantida a grafia original: "Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das Povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas Posturas sobre os objectos seguintes: [...] 3. Sobre edificios ruinosos, escavações, e precipicios nas visinhanças das povoações; mandando-lhes pôr divisas para advertir os que transitão; suspensão e lançamento de corpos, que possam prejudicar, ou enxovalhar aos viandantes; cautella contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, embriagados, de animaes ferozes, ou damnados, e daquelles, que, correndo, podem incommodar os habitantes, providencias para acautelar, e atalhar os incendios.". Referida lei brasileira encontra-se nos aditamentos do Livro I das Ordenações filipinas anotadas por Candido Mendes de Almeida, anteriormente citada, precisamente à p. 377-9. A citação encontra-se à p. 376.

²¹³ MENEZES, Tobias Barreto de. *Menores e loucos em direito criminal*. p. 13; 41 e ss.

Quando do surgimento do Código Civil Brasileiro, diversos projetos haviam sido confeccionados, tendo sagrado-se vencedor aquele de Clóvis Bevilacqua, convertido na Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, cujo inciso II do art. 5º estabeleceu serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os "loucos de todo o gênero",²¹⁴ valendo-se da expressão inaugurada pelo Código Criminal do Império. O vocábulo "louco" não ficaria restrito ao art. 5º do diploma civil, vez que foi igualmente utilizado no art. 12, III;²¹⁵ no art. 142, I;²¹⁶ no art. 446, I;²¹⁷ no art. 457;²¹⁸ no art. 1.627, II;²¹⁹ e, finalmente, no art. 1.650, II,²²⁰ de maneira que a utilização da expressão "loucos de todo o gênero", emprestada do Código Criminal do Império, sempre foi objeto de debate, e, mesmo nos projetos de código suplantados não passou despercebida.

Durante o Império, o governo contratou Augusto Teixeira de Freitas a fim de que reunisse a legislação esparsa até então existente, o que culminou na *Consolidação das Leis Civis*,²²¹ de 1858, que vigoraria no país até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, em janeiro de 1917, havendo o autor utilizado ora a expressão que emprestara do § 2º, do art. 10, do Código Criminal do Império, "loucos de todo o gênero", como o fez no art. 29 – confessando na nota n. 34 ao referido dispositivo –, comparando-os aos menores como forma de proteger-lhes, como também fez uso do vocábulo "demente", como vemos art. 311 e seguintes ao tratar dos curadores,²²² e ainda, utilizou isoladamente a palavra "loucos", como encontramos no § 1º, do art. 877, ao dispor que contra eles não corre prescrição.²²³

²¹⁴ Era esta a redação do art. 5º, do Código Civil de 1916: "Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz."

²¹⁵ Era esta a redação do inciso III, art. 12, do Código Civil de 1916: "Art. 12. Serão inscritos em registro publico: [...] III – A interdição dos loucos, dos surdos-mudos e dos prodigos. [...]".

²¹⁶ Era esta a redação do inciso I, art. 142, do Código Civil de 1916: "Art. 142. Não podem ser admitidos como testemunhas: I – Os loucos de todo o gênero. [...]".

²¹⁷ Era esta a redação do inciso I, art. 446, do Código Civil de 1916: "Art. 446. Estão sujeitos à curatela: I. Os loucos de todo o gênero (arts. 448, n. I, 450 e 457)."

²¹⁸ Era esta a redação do art. 457, do Código Civil de 1916: "Art. 457. Os loucos, sempre que parecer inconveniente conserva-os em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado."

²¹⁹ Era esta a redação do inciso II, do art. 1.627, do Código Civil de 1916: "Art. 1.627. São incapazes de testar: [...] II – Os loucos de todo o gênero. [...]".

²²⁰ Era esta a redação do inciso II, do art. 1.650, do diploma civil de 1916: "Art. 1.650. Não podem ser testemunhas em testamentos: [...] II – Os loucos de todo o genero. [...]".

²²¹ FREITAS, Augusto Teixeira. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1876. (Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal. 2003. v.1.). De acordo com o *Dicionário Enciclopédico Brasileiro Ilustrado* organizado por Alvaro Magalhães (Porto Alegre: Globo. 1943. p. 1.433), Teixeira de Freitas "[a]o falecer, estava privado da razão, em virtude do excesso de estudos".

²²² Era esta a redação do art. 311 da *Consolidação*, de Teixeira de Freitas: "Art. 311. Logo que o Juiz dos Orphãos souber, que em sua jurisdição ha algum demente, que pela sua loucura possa fazer mal; entrega-lo-ha á

Posteriormente o governo contratou novamente Teixeira de Freitas, desta vez para a elaboração de um projeto de Código Civil, ao qual o autor denominou *Esboço* e que foi por ele publicado de forma fracionada em 1860 e 1865, e, embora não adotado no Brasil, mostra-se importante fonte de estudo para se compreender a evolução legislativa nacional.²²⁴ Assim, extrai-se de seu *Esboço de Código Civil*,²²⁵ notadamente no art. 41, § 2º, a enunciação de serem absolutamente incapazes "os alienados declarados por tais em juízo", vocábulo utilizado em vários dispositivos do projeto, como por exemplo, no art. 78 e seguintes,²²⁶ destinados exclusivamente aos "alienados", e, adotando a terminologia de Pinel e Esquirol, consignou no art. 79 que declarar-se-iam como alienados os indivíduos que se achassem em *estado habitual de mania, demência ou imbecilidade*, ainda que tivessem lúcidos intervalos ou a mania parecesse parcial. O art. 24 do Esboço referia-se aos incapazes de fato como sendo as pessoas que, por impossibilidade física ou moral de obrar, ou por sua dependência de uma representação necessária, não poderiam exercer atos da vida civil, o que também incluiria os *alienados mentais*, conforme notas explicativas do autor em ambos os dispositivos.

Ainda na esteira da evolução legislativa pátria, houve diversos projetos de código civil até que fosse aprovado aquele apresentado por Clóvis Bevilacqua. É de observar que até o advento do golpe republicano o Imperador D. Pedro II presidia pessoalmente as reuniões da comissão nomeada em julho de 1889 para a elaboração código civil brasileiro.²²⁷ Após o anteprojeto de Teixeira de Freitas, redigiriam igualmente projetos José Thomaz Nabuco de

um Curador, que administre sua pessoa e bens.". O vocábulo *demente* foi utilizado em outros dispositivos, tais como nos §§ 1º, 2º e 6º, do art. 312; arts. 313 a 322; art. 325.

²²³ Além do art. 29, Augusto Teixeira de Freitas utilizou ainda a expressão "loucos" no § 2º do art. 262; no título do capítulo II, pertencente ao Título V, da Seção I do Livro I, da Parte Especial, que trata dos curadores; no § 2º do art. 808; art. 809; e, § 1º do art. 877.

²²⁴ Embora não acolhido no Brasil, o projeto de código civil de Teixeira de Freitas serviu de inspiração ao Código Civil da Argentina, fruto do projeto de código civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, aprovado em 1869 pelo Congresso daquele país, tendo entrado em vigor em 1871, e que vigorou até o advento do recente Código Civil argentino promulgado no final de 2014. No código civil argentino vigente, interessante mostra-se o art. 32, que trata da "persona con capacidad restringida y con incapacidad", estatuinto que "[e]l juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adición o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes", estabelecendo seus parágrafos a figura do "apoyo" à pessoa protegida, e, "[p]or excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador".

²²⁵ FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço de Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de documentação. 1952. p. 45-6.

²²⁶ Era esta a redação do art. 78 do Esboço, mantida a grafia: "Art. 78. Ninguém será havido por alienado, para que tenha lugar a representação necessária que este Código se determina, sem que a *alienação mental* seja previamente verificada, e declarada pelo Juiz do seu domicílio ou residência."

²²⁷ *Projecto do código civil brasileiro em 1889*. Porto: Imprensa Commercial. 1906.

Araújo, Joaquim Felício dos Santos (1881), Antônio Coelho Rodrigues (1893), e finalmente, Clóvis Bevilacqua,²²⁸ narrando Antônio Chaves,²²⁹ com precisão, tal período. Merece referência o projeto de Antônio Coelho Rodrigues,²³⁰ cujo art. 11, § 2º, asseverava a suspensão do exercício da capacidade civil dos *dementes de qualquer espécie*, sendo que o art. 12 dispunha compreender na demência todos os estados mórbidos ou patológicos que invalidassem a volição ou inteligência, não se presumindo tal estado.²³¹ Ocorre que Coelho Rodrigues utilizou a expressão "loucos" no mesmo projeto, como se verifica no § 1º, do art. 396, ao estatuir a proibição de que fossem admitidos como testemunhas de número "os loucos de qualquer espécie", ainda que tivessem lúcidos intervalos, expressão que foi também cunhada no § 3º, do art. 2.289, segundo o qual, ressalvando-se o art. 13, também estariam sujeitos à tutela, ainda que maiores, "os loucos de todo o gênero". Enquanto o art. 2.292 atribuía ao magistrado a prerrogativa de pedir dois pareceres de profissional de sua confiança quando o pedido de tutela tivesse por fundamento a loucura, o art. 2.294 do projeto dispunha o dever de serem os loucos recolhidos a estabelecimentos próprios sempre que parecesse possível a cura, ou parecesse impossível ou arriscado conservá-los nos seus domicílios, de sorte que competiria ao conselho de família ou de tutela resolver sobre a escolha do estabelecimento, a entrada, a conservação e a remoção dos respectivos enfermos.

O projeto de código civil de Clóvis Bevilacqua, por sua vez, ao tratar dos absolutamente incapazes, não cunhou a expressão "loucos de todo o gênero" que constou no art. 5º quando de sua conversão na Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917, sendo fruto de alteração na comissão legislativa sem aquiescência de seu autor, expressão essa que viria décadas mais tarde causar repulsa social. Cumpre observar que utilizou Clóvis Bevilacqua o vocábulo *alienados de qualquer espécie*, como se verifica no § 3º

²²⁸ BEVILACQUA, Clóvis. Projecto do código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados. v. 1 e v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

²²⁹ CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1982. O autor discorre com precisão e detalhamento sobre a formação histórica do direito civil brasileiro – fase colonial, fase imperial e período de pré-codificação, codificação e trabalhos de elaboração do código civil brasileiro –, desde a aplicação das Ordenações no Brasil, passando, a partir da pág. 184, pelos diversos estudos e projetos de código civil, a saber, Augusto Teixeira de Freitas (*Consolidação* e também *Esboço*), Antonio Luís de Seabra (Visconde de Seabra), que fora autor do Código Civil português e por tal motivo solicitado em 1871 pelo Imperador Pedro II (p. 189); Nabuco de Araújo, contratado pelo Decreto 5.164, de 11/09/1872; Joaquim Felício dos Santos, que teve autorização do Ministro da Justiça para, gratuitamente, elaborar um projeto de Código Civil; Coelho Rodrigues, contratado em 12/06/1890 (p. 191), e, posteriormente, Clóvis Bevilacqua. Para estudo amplo sobre a formação do direito nacional, consulte-se ainda: FERREIRA, Waldemar Martins. História do direito brasileiro. São Paulo: Max Limonad. v. 1 a 4. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva. 1962.

²³⁰ RODRIGUES, Antônio Coelho. Projecto do código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1893.

²³¹ Além da menção aos dementes nos arts. 11 e 12 do Projeto de Coelho Rodrigues, o § 4º, do art. 2.442, também a eles se refere ao dispor serem incapazes de testar "os interditos por demência, enquanto o forem".

do art. 4º, do projeto em sua tramitação na Câmara dos Deputados,²³² sendo modificado o texto original na revisão parlamentar, e, deslocado para o art. 5º, no qual consignou-se no § 2º serem absolutamente incapazes "os loucos de todo o gênero",²³³ de sorte que o vocábulo "louco" seria repetido em outros dispositivos, como no art. 162, § 1º (proibição de serem testemunhas), art. 539 (sujeição à curatela), art. 551 (recolhimento a estabelecimentos adequados quando inconveniente sua conservação em casa), art. 1.963 (proibição de testar) e art. 1.990 (proibição de serem testemunhas em testamento), enquanto o vocábulo *alienado* apareceria ainda no § 1º do art. 1.798, do projeto original, o qual elencava os incapazes de testar.²³⁴ Cumpre ainda observar que Clóvis Bevilacqua incluiu entre os "alienados de qualquer espécie" os chamados "fracos de espírito", como se verifica no § 1º do art. 528, dispositivo regulador da sujeição à tutela. Também consignou Bevilacqua, no § 3º do art. 1.798 de seu projeto a expressão "espírito são", ao estabelecer serem incapazes de testar, ao lado dos alienados do § 2º, aqueles que não possuíssem o "espírito são" no momento do ato. Por outro lado, no § 1º do art. 247 do projeto apresentado, Clóvis Bevilacqua consignou a "perturbação da razão" impossibilitadora de consentimento no ato da celebração do casamento como causa de nulidade, ao lado do estado de inconsciência ou impossibilidade de consentimento de modo inequívoco. As expressões "espírito são" e "perturbação da razão", originalmente eleitas por Bevilacqua não tiveram acolhimento no parlamento, tendo sido alteradas na comissão – esta por "incapaz de consentir" (art. 274) e aquela por "perfeito juízo" (art. 1.963, § 3º) – e, posteriormente, na conversão em lei, como se verifica no art. 211, e no art. 1.627, inciso III, do Código revogado.

A forma como enfrentada a questão dos alienados mentais padeceu críticas do médico Raimundo Nina Rodrigues,²³⁵ lançadas em extenso parecer apresentado àquela Casa legislativa no ano de 1901, de maneira que viria ele a publicar, no mesmo ano, a clássica obra "O alienado no direito civil brasileiro".²³⁶ Nina Rodrigues estudou os projetos e esboços de Código Civil, realizou exame crítico da doutrina médico-legal do projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua, examinou a legislação vigente, bem como os projetos antecedentes, como

²³² Projecto de código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da câmara dos deputados. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902. p. 50.

²³³ Projecto de código civil brasileiro. v. 1. p. 166.

²³⁴ Quanto às variadas nomenclaturas utilizadas pelas leis para referirem-se aos enfermos mentais, confira-se: BEVILAGUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. p. 96. Nota 2.

²³⁵ Projecto de código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da Câmara dos Deputados. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902. p. 299-359.

²³⁶ RODRIGUES, Raimundo Nina. *O alienado no direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Companhia Nacional. 1939. A primeira edição desta obra é de 1901.

por exemplo, aquele de Coelho Rodrigues; mas, aduz, o que havia do ponto de vista jurídico era fragmentário e atrasado, sendo incompletos e de doutrina médica condenada os comentários do Projeto Felício dos Santos e as anotações do Esboço de Teixeira de Freitas, embora quanto a este afirmou que sua "doutrina jurídica da incapacidade civil por insanidade mental está traçada de modo magistral e completo", mas com doutrinas médicas atrasadas. Para o autor, a expressão "loucos de todo o gênero" era insuficiente, e mesmo Tobias Barreto já demonstrara em sua obra "Menores e loucos em direito criminal" a ocorrência de injustiças na aplicação da pena, e, embora preferisse a expressão "alienados de qualquer espécie" por ser mais compressiva que "loucos", tanto que eleita pelo Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, embora ainda assim se mostrasse insuficiente o vocábulo *alienados* para abarcar todos os casos de incapacidade mental e não pudesse ser aplicado a todos os casos de insanidade mental.²³⁷

Segundo aduz Nina Rodrigues, nos povos latinos, a acepção jurídica da expressão "alienação mental" é toda francesa e data da célebre lei de 1838 sobre alienados, sendo que o uso do termo no sentido genérico remonta a Pinel e Esquirol, mas foi somente naquela lei que a expressão, até então toda médica, recebeu a consagração jurídica e ingressou ao patrimônio da terminologia legal. Referida lei francesa de 1838 destinava-se à proteção e à assistência dos loucos, mas abrangeu no termo "alienação mental" diversas formas de enfermidade mental, tais como a imbecilidade e a demência, nesta compreendida a loucura contínua ou intermitente, total ou parcial, tranquila ou tempestuosa e delirante. Assim, na expressão *alienação mental* há correspondência rigorosa ao termo *demência*, na acepção genérica que teve no direito romano. Seja como for, a aceitação de qualquer das duas expressões, *alienados* ou *loucos*, levaria a jurisprudência e os comentadores a nelas incluir todos os casos concretos em que a perturbação mental acarretasse a alienação da capacidade civil. Para o autor, ainda que a expressão "fracos de espírito", utilizada por Clóvis Bevilacqua em seu projeto, no § 1º do art. 528, que tratava da tutela, compreenda-se na de "alienados de qualquer espécie" do art. 5º da versão final aprovada e promulgada, melhor seria, ao estatuir-se a incapacidade absoluta para os atos da vida civil, a expressão "os alienados de qualquer espécie ou os loucos de todo o gênero, compreendidos entre eles os que por fraqueza

²³⁷ Nina Rodrigues, em sua obra, refere-se ao art. 1.800, § 3º, do projeto de Clóvis Bevilacqua, mas este aluno mencionou o art. 1798, § 3º, contido no projeto em tramitação na comissão especial da Câmara dos Deputados entre os anos 1901 e 1902 (Projecto de código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da Câmara dos Deputados. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902).

intelectual não podem cuidar dos próprios interesses", ou outra redação que abarcasse todas as hipóteses.²³⁸

Relativamente aos estados transitórios de insanidade mental contidos no projeto de Clóvis Bevilacqua, originalmente eleitos pelo jurista ou alterados em nova nomenclatura pelo parlamento ("perturbação da razão", "espírito são", "perfeito juízo"), apontou Nina Rodrigues a impropriedade de se copiar o art. 901 do Código Civil francês (sãos de espírito),²³⁹ e o art. 763, § 3º, do Código Civil italiano (sãos de mente ao tempo em que fizeram o testamento),²⁴⁰ pois havia uma razão de ser naqueles Códigos uma vez que neles as expressões *sãos de espírito* ou *sãos de mente* compreendiam não somente os casos de inconsciência transitória, mas ainda a própria alienação mental, uma vez que antes da interdição o interdito poderia ter praticado negócio jurídico como testamento ou doação, com o que haveria nulidade de tais negócios.²⁴¹

O projeto de Clóvis Bevilacqua foi severa e ruidosamente criticado pelo então senador Rui Barbosa,²⁴² presidente da comissão revisora no Senado, em extenso parecer jurídico, havendo ele despedido grande parte de seu esforço combatendo justamente o art. 5º, vez que

²³⁸ RODRIGUES, Raimundo Nina. O alienado no direito civil brasileiro. p. 18-40; 73.

²³⁹ Era esta a redação original do art. 901, do Code Napoléon: "Art. 901 – Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit". Embora a redação original tenha sofrido alteração, a expressão "sain d'esprit" restou mantida, como vemos no texto hoje em vigor: "Art. 901 – Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence." Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 09 fev. 2021.

²⁴⁰ Era esta a redação do art. 763, do *Codice Civile del Regno d'Italia*, de 1865: "Art. 763 – Sono incapaci di testare: § 1º. Coloro che non hanno compiuta l'età di diciotto anni; § 2º. Gli interdetti per infermità di mente; § 3º. Quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento. L'incapacità dichiarata nei numeri 2º e 3º nuoce alla validità del testamento, solo nel caso che sussistesse al tempo in cui fu fatto il medesimo.". O Código Civil italiano de 1942, ao tratar da capacidade de dispor por testamento, no art. 591, alterou a expressão "sani di mente" para "incapaci di intendere", como vemos: "Art. 591. Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge. ***Sono incapaci di testare: 1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età; 2) gli interdetti per infermità di mente; 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento.*** Nei casi d'incapacità preveduti dal presente articolo il testamento può essere impugnato da chiunque vi ha interesse. L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie." (g.n.). Disponível em: <<https://www.normattiva.it>>. Acesso em 09 fev. 2021.

²⁴¹ RODRIGUES, Raimundo Nina. O alienado no direito civil brasileiro. p. 66-7. Para Nina Rodrigues (p. 77-8) o Projeto de Coelho Rodrigues era mais completo quanto aos estados permanentes de incapacidade, pois no art. 11, § 2º, considerava incapazes "os dementes de qualquer espécie", e no art. 12 procedia à definição legal da demência pois afirmava que "a demência compreende todos os estados mórbidos ou patológicos que invalidem a volição ou inteligência e não se presume". Segundo o autor, "a insanidade psíquica compreende a inconsciência mórbida além da alienação mental", sendo o conceito de interdição de compreensão mais restrita do que o conceito de incapacidade civil. A citação encontra-se à p. 81.

²⁴² BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa: Código civil: parecer jurídico. v. 32. t. 2. (1905). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura. 1968. pp. xxxiv- xxxv; 71-104. O senador Rui Barbosa de Oliveira procedeu a uma análise minuciosa da legislação europeia a fim de sustentar seu parecer quanto à alteração da nomenclatura e do tratamento jurídico conferido aos alienados.

pretendia substituir a expressão *loucos de todo o gênero* pelo conceito de *enfermidade mental*, com as características complementares de não ser passageira, de privar o paciente do discernimento intelectual ou da livre determinação de sua vontade, impedindo-o de tratar de seus interesses utilmente, e, ainda, pretendia acrescentar uma incapacidade relativa quanto aos "enfermos de anomalia ou moléstia mental, cuja gravidade não basta a justificar a interdição". Escorado na doutrina italiana, esclarece Rui Barbosa que o vocábulo *enfermidade* é, a um tempo, a *doença* e a *imperfeição*.

4.10 O êxito do projeto de Clóvis Beviláqua

Não prevaleceu, todavia, o ataque de Rui Barbosa, e o projeto de Cólvis Bevilaqua, com as alterações acima referidas, foi convertido na Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, vigorando desde em 1º de janeiro de 1917 até que outro *Codex* viesse destroná-lo em 2002. Recebia, assim a nação brasileira, em 1916, seu esperado Código Civil, por cujo art. 1.807 restaram "revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil" reguladas pelo então novo diploma brasileiro.

Uma vez em vigor o Código Civil de Clóvis Beviláqua, o vocábulo "loucos de todo o gênero" constou no art. 5º, II; art. 142; art. 446; art. 1.627, II; art. 1.650. A expressão "loucos", isoladamente, constava no art. 12, III, e art. 457. A expressão "alienação mental", por sua vez, constava no art. 1.744, V; e art. 1.745, IV, ambos relacionados às causas de deserdação dos descendentes e ascendentes. A palavra *loucura* aparecia uma única vez no Código revogado, a saber, no inciso I, do art. 448. Nos demais textos referindo-se a tais casos de maneira mais ampla, o legislador utilizou a palavra *incapaz*, ou *incapacidade* como, por exemplo, no art. 7º; art. 8º; art. 36; art. 82; art.84; art. 145; art. 147, I; art. 157; art. 169; art. 178, § 5º, II; art. 178, § 6º, XII; 178, § 9º, V, "c"; art. 183, IX; art. 210, II; art. 211; art. 316, parágrafo único (desquite), revogado posteriormente pela lei do divórcio, Lei 6.515/1977; art. 350; art. 372; art. 407; art. 411; art. 445; art. 448, III; art. 449; art. 450; art. 455; art. 461; art. 840; art. 841, parágrafo único; art. 842, I; art. 936; art. 973, VI; art. 1.141, parágrafo único; art. 1.229, I; art. 1.276; art. 1.300, § 2º; art. 1.399, IV; art. 1.488; art. 1.490; art. 1.502; art.

1.628; art. 1.717; art. 1.718;²⁴³ art. 1.720 e seu parágrafo único; e art. 1.774. Outros textos há em que verificada a palavra *incapacidade*, mas sem relação com aquela decorrente da ausência de discernimento do agente ou sujeito.

Conforme preleciona Clóvis Bevilacqua,²⁴⁴ não é necessário dar uma definição rigorosa de alienação mental em um livro jurídico. É suficiente que tenhamos desse estado mental uma noção aproximada, pois o que importa ao jurista é a aptidão do indivíduo para dirigir-se na vida e não a rigorosa determinação de uma entidade mórbida. Daí que, aduz o autor, alienados, ou loucos, no sentido do Código Civil, são aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para se conduzirem socialmente nas várias relações da vida. Para referido doutrinador, é a insanidade mental permanente ou sequer duradoura, que acarreta a incapacidade absoluta do indivíduo, ainda que seja descontínua, isto é, interrompida por intervalos de lucidez. Mas não basta este requisito da duração; é necessário que determine *grave alteração nas faculdades mentais*. O Código brasileiro pôs de parte os lúcidos intervalos, e teve por incapaz quem acometido de enfermidade mental os viesse a ter.

Ao longo das décadas que se seguiram ao advento do Código Civil de 1916 percebe-se uma mudança de paradigma cultural e social, de maneira que passou-se a ter como pouco gentil ou polido, ou até mesmo pouco humano, referir-se à pessoa do deficiente mental como "louco" ou "alienado". A sociedade conduzia-se, paulatinamente, à era do "politicamente correto", evitando-se constrangimentos ou situações que parecessem, ainda que vagamente, inclemência, o que, em nosso sentir, tomou grandes proporções com o desvirtuamento do conceito de proteção clínica, social e asilar com aqueles que se encontravam em situação de deficiência mental, psíquica ou intelectual. O tratamento por vezes desumano e aviltante da dignidade do paciente em situação de internação asilar e manicomial, aliado à mudança de paradigma no que se refere ao conceito de "proteção do incapaz", seguramente tiveram papel

²⁴³ Cumpre observar que a referência aos incapazes para adquirir por testamento contida nos arts. 1.717, 1.718, e no parágrafo único do art. 1.720, possuíam significado distinto da incapacidade mental, posto que referia-se aos incapazes de serem eleitos herdeiros ou legatários em decorrência de sua condição particular: i) inexistência de concepção; ii) ter escrito, a rogo, o testamento; ou ser cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de quem a rogo o escreveu; iii) ser concubina do testador casado; iv) ser oficial público, civil ou militar, comandante ou escrivão perante o qual foi confeccionado o testamento, ter feito ou aprovado o testamento.

²⁴⁴ BEVILACQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. p. 99. Confira-se ainda: BEVILACQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1943. p. 418.

preponderante, na formação do pensamento social, político, médico e jurídico que passou imperar.

Desde que os médicos alienistas europeus anteriormente referidos deitaram as sólidas bases da medicina psiquiátrica,²⁴⁵ com estudo minucioso das enfermidades mentais, classificando-as detalhadamente, cujas obras ainda hoje são verdadeiros monumentos balizadores e referência de escol nas universidades, não houve significativas ou revolucionárias descobertas ou mudanças de conceitos teóricos e/ou classificação.

Nessa seara cumpre observar o escólio de Antonio Joaquim Ribas,²⁴⁶ para quem, deixando de parte a questão da classificação, o que ao jurisconsulto convém conhecer é a natureza desta enfermidade, de modo a poder distinguir a saúde da enfermidade mental, posto que o caráter essencial que distingue estes dois estados é a presença ou ausência da razão, e, portanto, sempre que se der esta ausência, permanente ou intermitentemente, total ou parcialmente, ou plácida ou violentamente, verifica-se um caso de alienação mental. Segundo o autor, não compete ao jurista expor os sintomas que revelam as várias espécies de alienação mental ou os meios práticos pelos quais se chega a verificar a existência deste estado, posto que o jurisconsulto deve menos atender aos fenômenos patológicos do que as manifestações imediatas do pensamento por meio dos atos e das palavras. aponta o autor que o assunto é difícilimo pois ora a demência se reveste pertinazmente das aparências da razão, ora a integridade da mente coexiste com certa tendência a atos ou palavras que tocam as raias da alienação. Na dúvida, julga-se em favor do estado de sanidade, que é normal.

Assim, as mudanças de nomenclaturas na lei no que se refere aos enfermos mentais, psíquicos ou intelectuais, bem como o movimento social, político e legislativo que tenta, ainda que no plano das ideias, equipará-los em todos os efeitos e sentidos àqueles que não padecem de qualquer distúrbio, fragilidade ou enfermidade mental não possuem o condão de alterar o fato da natureza, ou seja, a incapacidade, sobretudo a que retira a manifestação de vontade consciente.

²⁴⁵ Confira-se a extensa lista de autores sobre o tema, ao longo das pretéritas páginas e notas de rodapé.

²⁴⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro. v. 2. t. 2. p. 94-6.

5 A PROTEÇÃO DO INCAPAZ NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

5.1 O incapaz no Código Civil de 1916

A proteção conferida pelos povos e civilizações à pessoa, ao longo das eras, conforme vimos acima, sempre levou em consideração a noção de capacidade jurídica, sendo que, nas palavras de Giampietro Chironi,²⁴⁷ o conteúdo e a extensão da capacidade jurídica corresponde ao conteúdo e extensão que possui o conceito do *direito*, o qual, aduz o autor, corresponde ao poder de *querer juridicamente – potestà di volere giuridicamente*, ou seja, a vontade jurídica –, pelo qual são capazes as pessoas que por natureza possuem esse poder, ou às quais tal é-lhes atribuído pela lei. Nas palavras de Renan Lotufo,²⁴⁸ a capacidade completa a personalidade.

Como decorrência do que Pontes de Miranda chamou de *princípio da preponderância da tutela do incapaz*²⁴⁹ surgiu o que se convencionou chamar *teoria das incapacidades*, ou, como o faz Caio Mário da Silva Pereira,²⁵⁰ *instituto das incapacidades*, o qual distingue as pessoas entre capazes e incapazes, e quanto a estas, nosso direito subdividiu-as entre absolutamente incapazes e relativamente incapazes, razão pela qual afirma-se existir, psicologicamente, três classes na teoria das incapacidades.²⁵¹

Louis Josserand,²⁵² ao tratar do tema, lembra que a palavra *capacidade* possui duplo sentido, da mesma forma que *incapacidade*, seu antônimo, designada às vezes como a

²⁴⁷ CHIRONI, Giampietro. Istituzioni di diritto civile italiano. v. 1. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1888. p. 43.

²⁴⁸ LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). v. 1. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 49.

²⁴⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 4. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. p. 110.

²⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 2020. p. 229.

²⁵¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. . p. 208-9.

²⁵² JOSSEERAND, Louis. Cours de droit civil positif français. v. 1. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1938. p. 201. Interessante distinção faz o autor também quanto à *capacidade e poder*, afirmando que aquela é a aptidão de exercer direito próprio, enquanto este é a aptidão de exercer direitos de outrem, de agir por conta de outrem, como ocorre com o mandatário e mandante, o administrador de negócios. Quanto à classificação das incapacidades feitas por Louis Josserand, confira-se p. 203-5. Quanto às incapacidades que decorrem da consideração da *idade mental* (alienação mental), à situação jurídica do alienado e à interdição, vide p. 306-338.

aptidão ou inaptidão de adquirir e possuir direitos, de ser titular destes direitos, caso em que se está diante de uma capacidade ou incapacidade de gozo (bastante mal denominada), e outras vezes, mais frequentemente, refere-se somente à aptidão ou inaptidão de exercer os direitos de que uma pessoa está investida, e neste caso é mais uma questão de capacidade ou incapacidade de exercício. Exemplificando com a situação dos menores, que podem ser proprietários e credores, possuindo, pois, capacidade de direito ou gozo mas faltando-lhes capacidade de exercício, aduz o autor que a incapacidade de gozo é mais grave do que a incapacidade de exercício, pois a aquela abrange esta, e acima de tudo, uma é irremediável, enquanto a outra comporta paliativos, remédios, referindo-se à incapacidade de exercício, em que o ordenamento jurídico prevê alguém para exercer o direito pelo incapaz (no caso dos menores, seus pais ou tutores, e no caso dos maiores, seus curadores).

5.2 A teoria das incapacidades no Código Civil de 1916

Nesse sentido é que o Código Civil de 1916 estabeleceu as gradações da capacidade e da incapacidade, trazendo formas de proteção como a tutela e a curatela, denominados por Louis Josserand como *organismos protetivos destinados a remediar as incapacidades*.

Nessa esteira, o art. 5º do Código Civil de 1916, estipulou:

"Art. 5º – São absolutamente incapazes de exercer, pessoalmente, os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.²⁵³

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

²⁵³ Rubens Limongi França, referindo-se a noção de capacidade contida neste dispositivo, afirma que *loucos de todo o gênero*, diante da impropriedade da expressão, parece estar assentado que eles compreendem os portadores de *alienação mental permanente ou duradoura capaz de determinar alteração grave das faculdades mentais*. Aponta três requisitos básicos, na espécie, para que se caracterize a incapacidade absoluta: 1) *insanidade mental*; 2) *durabilidade ou permanência*; 3) *gravidade*. Assim, os casos de *perturbação leve* não são atingidos pelo Código. Confira-se: FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980. p. 150.

IV. Os ausentes declarados tais por atos do juiz."

Ainda no ensejo da arquitetura do sistema de incapacidades, estabeleceu o art. 6º do *Codex* de 1916, em sua redação original:

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

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

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

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

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

Quanto aos relativamente incapazes de que tratava o art. 6º do Código Civil de 1916, cumpre observar que no Projeto primitivo de Clóvis Bevilacqua não se consagrava a incapacidade da mulher casada, sendo que a Comissão revisora no Parlamento recusou a inovação de atribuir capacidade à mulher casada, com o que manteve-se no país a tradição advinda das Ordenações. Comentando referido dispositivo afirma Clóvis Bevilacqua que realmente mulher possui capacidade mental equivalente à do homem, e merece igual proteção do direito, de sorte que revoltante seria cercar-lhe direitos civis com fundamento em falsa doutrina sobre o valor psíquico do sexo feminino.²⁵⁴ Ainda que a distinção restritiva imposta à mulher na vida conjugal não fosse decorrente de inferioridade mental, como aduz o autor,

²⁵⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1940. p. 185-8. Confira-se ainda: BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. p. 107-111. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito da família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1943. p. 154-160. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva*. Rio de Janeiro: Editores Virgílio Maia & Comp. 1918. p. 117 e seguintes. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. v. 5. p. 204. Para este último autor a distinção havida no pretérito código não era sequer *discriminação positiva*, pois havia o sentido negativo da incapacidade da mulher. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. p. 212. O autor afirma que a mulher casada não é incapaz, e que sua inserção no primitivo inciso II, do art. 6º, foi imperfeição do Código Civil, que o Código de Processo Civil de 1939, nos arts. 80 a 83, corrigiu.

mas na diversidade das funções dos consortes no seio da família, a disfunção contida no inciso II do art. 6º haveria de ser corrigida, como o foi posteriormente, com o advento da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, alcinhada de Estatuto da Mulher Casada, a qual deu nova redação, dentre tantos, ao art. 6º, do Código Civil, que passou a constar:²⁵⁵

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

I. Os maiores de 16 e menores de 21 anos (arts. 154 e 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."

Cumprindo ainda observar que Clóvis Bevilacqua,²⁵⁶ em seu Projeto primitivo, tal como ocorria com a mulher casada, não elencava os índios entre os relativamente incapazes, tendo referido projeto sofrido alteração no Senado, o qual inseriu-os entre os indivíduos de capacidade restrita no art. 6º do *Codex*.

Não passou incólume de críticas o art. 5º do Código Civil, sobretudo relativamente aos "loucos de todo o gênero", expressão que fora pelo legislador trazida do § 2º do art. 10, do Código Criminal do Império, como visto anteriormente. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho,²⁵⁷ em obra referencial na qual esmiuçou a questão, chegou a afirmar que o art. 5º era certamente um dos dispositivos mais defeituosos do nosso código, pois, segundo o autor, o *Codex*, em relação aos loucos, reconheceu-lhes capacidade relativa para certos atos, ficando excluídos da capacidade civil apenas os loucos incapazes de exprimir mecanicamente seu

²⁵⁵ O Decreto 3.725, de 15 de janeiro de 1919 (Decreto do Poder Legislativo – DPL), que fez correções no código civil de 1916, determinou publicação de 5 mil exemplares corrigidos.

²⁵⁶ BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 1. p. 191-2. A questão aborígene nacional, após a confecção do projeto de código civil, seria objeto de leis especiais, tais como o Decreto 8.072, de 20 de junho de 1910; Decreto legislativo 5.484, de 27 de junho de 1928; Decreto 736, de 6 de abril de 1936; Decreto 1.886, de 15 de dezembro de 1939; e, mais recentemente, a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que consagra o Estatuto do Índio, e a Lei 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que criou a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). As Constituições brasileiras também representaram diplomas protetivos aos povos nativos, silvícolas ou indígenas.

²⁵⁷ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Incapacidade civil e restrições de direito. v. 1. p. 239-40.

consentimento (segundo uns) ou que pela falta de aparência de discernimento não pudessem enganar terceiros sobre seu estado mental (segundo ponto de vista mais restrito). Mas, aduz o autor, o mais grave equívoco dizia respeito à insanidade mental, pois nosso legislador somente aludiu aos "loucos", esquecendo-se totalmente dos fracos de espírito, ou psicopatas, e daqueles tidos como vítimas de um estado meramente transitório de inconsciência, resultante de embriaguez, delírio febril etc. Assim, apontou o autor a necessidade de não se confundir o gozo com o exercício de direito,²⁵⁸ posto que gozo é a investidura, a atribuição dos próprios direitos, enquanto o exercício é a atuação, a prática, merecendo sempre ter-se em mente as preciosas lições de Teixeira de Freitas.²⁵⁹

5.3 Institutos protetivos ao incapaz: tutela e curatela

Daí que, na esteira do direito assistencial bem como das regras protetivas advindas do direito português e romano, o Código Civil de 1916 consagrou, na seara do direito de família, institutos capazes de amparar e proteger o incapaz. Segundo lição de Miguel Maria de Serpa Lopes,²⁶⁰ a proteção dos incapazes realiza-se por meio da representação legal, manifestada através dos institutos do direito de família, a saber, poder familiar (outrora denominado pátrio poder), tutela e curatela, que visam proporcionar ao incapaz uma segurança, quer em relação à sua pessoa, quer em relação a seu patrimônio. Tais complexos protetivos integram o que se convencionou chamar *direito assistencial* ou *direito assistencial de família*. Pontes de Miranda,²⁶¹ em seu tratado, alarga a noção do direito protetivo ou assistencial, elencando entre eles o poder familiar – outrora *pátrio poder* –, a adoção, os alimentos, a tutela, a curatela, e, ainda, a ausência, até mesmo em razão da compreensão trazida pelo Código Civil de 1916, que no título VI, do livro I, da parte especial, tratava dos institutos da tutela, curatela e da ausência. Costumeiramente, porém, entende-se como institutos do direito assistencial, estabelecidos com o fim de dar concretude à teoria das incapacidades, o poder familiar, a

²⁵⁸ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Incapacidade civil e restrições de direito. v. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1957. p. 519.

²⁵⁹ Confira-se, quanto à capacidade de gozo (capacidade de direito) e à capacidade de exercício (capacidade de fato), os comentários de Teixeira de Freitas aos arts. 21 e 22 de seu *Esboço*. FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço de Código Civil*. p. 24-7.

²⁶⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. p. 315.

²⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 9. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. p. 105-396.

tutela e a curatela, posto que têm como denominador comum a finalidade de proteção ao incapaz, suprindo-lhe ou completando-lhe sua vontade, sendo os dois últimos denominados por alguns autores como *institutos complementares de proteção*.²⁶²

Lafayette Rodrigues Pereira,²⁶³ em sua obra, conceitua a *tutela* como sendo o poder conferido a alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do poder familiar, denominando-se *tutor* aquele nomeado para exercer a tutela, sendo esta uma reunião de certas atribuições do poder familiar, cuja falta é destinada a suprir, sendo, todavia, entidade distinta deste, vez que com ele pode coexistir, como ocorre quando se dá tutor ao menor por estar o pai com deficiência mental. Considerando-se que o governo da pessoa e bens dos menores pertence por direito-dever aos pais, e que na falta destes tal dever é devolvido ao Estado, que o desempenha por intermédio dos tutores. A tutela, nesse sentido, é uma delegação do Estado, o qual desempenha a função de cuidado e governo da pessoa e bens dos menores através do tutor. Por outro lado, *curatela* ou *curadoria*, aduz o autor, é o cargo conferido pela autoridade pública a alguém para reger a pessoa e bens, ou tão somente os bens, de pessoas emancipadas que por si mesmas não o podem fazer, impossibilitadas por uma causa determinada. Chama-se *curador* aquele que exerce a curatela, e *curatelados* ou *interditos*, aqueles que lhe são sujeitos. A curatela pode abranger a pessoa e bens, como a curatela dos enfermos mentais, ou somente os bens, como a curatela dos bens de ausentes. O direito português chamava o instituto da curatela de *tutela dos interditos*.²⁶⁴

A definição da curatela ou curadoria, segundo Pontes de Miranda,²⁶⁵ é o cargo conferido por lei a alguém, para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores, ou maiores, que por si não podem fazer, devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou por ainda não terem nascido.

A tutela e a curatela, aponta Paulo Lôbo,²⁶⁶ têm por finalidade a representação legal e administração dos bens de uma pessoa por outra, em virtude da incapacidade da primeira de gestão de sua vida e de seus interesses, sendo que a tutela tem como pressuposto a

²⁶² NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. v. 5. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016. n. 181. p. 827.

²⁶³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. p. 285-6 e 316-7.

²⁶⁴ Confira-se: BRUSCHY, Manuel Maria da Silva. Manual do direito civil português. v. 1. p. 235 e ss. ROCHA, Manuel António Coelho da. Instituições de direito civil português. v. 1. p. 261 e ss. MOREIRA, Guilherme Alves. Instituições de direito civil português. v. 1. p. 199. CARNEIRO, Manuel Borges. Direito civil de Portugal. v. 1. p. 164 e ss.

²⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 9. 1974. p. 311.

²⁶⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. v. 5. p. 202.

menoridade do protegido, enquanto a curatela tem como pressuposto a deficiência mental parcial ou total do protegido ou outra circunstância que imponha a representação a alguém.

Enquanto as regras relativas à tutela encontravam-se nos arts. 406 a 445 do código anterior, as relativas à curatela foram dispostas nos arts. 446 a 462, embora as regras relativas à alienação mental encontrassem seu termo no art. 458, e a partir daí regravava-se a questão dos pródigos e nascituros, e até mesmo dos ausentes (arts. 463 e seguintes).

A curatela distingue-se da tutela vez que: i) a curatela é concedida às pessoas maiores, e àquelas equiparadas aos maiores, ou ainda não nascidas, enquanto a tutela, como sucedâneo do poder familiar, é concedida aos menores; ii) a curatela é sempre deferida pelo juiz em decorrência da ação de interdição, salvo a curatela especial para os bens deixados a menor herdeiro ou legatário, enquanto a tutela pode ser conferida em testamento ou codicilo, e somente é deferida pelo juiz na falta ou impedimento de tutor testamentário ou legítimo, ou no caso de abandono de menores; iii) a curatela em certas situações é conferida somente aos bens, ou para interditar certos atos do curatelado, enquanto a tutela compreende sempre o cuidado e gestão da pessoa bem como a administração dos bens.²⁶⁷

À vista das regras contidas no Código Civil de 1916, extrai-se que a curatela dividia-se em três espécies, a saber: i) curatela dos *loucos*; ii) curatela dos pródigos; iii) curatela dos bens dos ausentes. Clóvis Bevilacqua afirma que o direito brasileiro reconheceu as seguintes espécies de curadoria: i) a dos alienados; ii) a dos surdos-mudos, iii) a dos pródigos; iv) a dos ausentes; v) a das heranças jacentes; vi) a dos litígios (*in litem*); vii) a geral dos orfãos; viii) a que se dá ao réu ausente. Todavia, as quatro primeiras merecem análise no contexto da proteção familiar, pois, leciona o autor, as demais ou pertencem a esferas diferentes do direito ou se amoldam aos princípios gerais.²⁶⁸

Roberto De Ruggiero,²⁶⁹ ao discorrer sobre a tutela e curatela, afirma que ao *direito das pessoas* pertenceria mais propriamente a matéria dos institutos de proteção às pessoas incapazes, visto que respeita a determinados estados pessoais, que tem por pressuposto uma incapacidade, natural ou legal, para praticar atos jurídicos e implicam a necessidade de pôr

²⁶⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de família. p. 317-8. BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1941. p. 448. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 9. 1974. p. 315-6.

²⁶⁸ BEVILACQUA, Clóvis. Direito da família. p. 415-6.

²⁶⁹ RUGGIERO, Roberto De. Instituições de direito civil. v. 2. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos códigos civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva. 1934. p. 217-8.

tais pessoas sob a proteção e vigilância de outras. Mas, prossegue o autor, a tradição escolástica costuma fazer sua exposição no capítulo do direito de família, considerando tal instituto como um complemento deste, visto que não só todo o complexo das suas normas se funda sobre a organização familiar, mas na realidade os casos mais importantes e mais frequentes (tutela de menores, curatela dos emancipados, curatelas especiais nos conflitos de interesse) criam poderes e subordinações de pessoas, que substituem poderes familiares, que faltam ou cessaram, e em todos os outros casos em que não tem lugar uma verdadeira substituição (tutela dos enfermos mentais e dos condenados, curatela dos inabilitados, outras curatelas especiais) os poderes que se criam não passam de uma imitação dos primeiros.

Ao presente trabalho importa tão somente o estudo do instituto protetivo destinado a amparar aqueles maiores de idade – posto que aos menores há o instituto da tutela e do poder familiar –, acometidos por alienação ou enfermidade mental, ou, por outras palavras, endereçado aos incapazes mentais, psíquicos e intelectuais, a saber, a curatela.

Conforme aponta Antonio Joaquim Ribas,²⁷⁰ a alienação mental é juridicamente comparável à infância, sendo-lhe concedidos os mesmos favores, imposta a mesma geral incapacidade, e conseqüentemente, sujeita à curadoria.

O instituto da curatela, todavia, desde seu nascedouro e por toda a história, nunca teve natureza discriminatória, desigualadora, segregadora ou aviltante, enxergada pelos arautos do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao contrário, a curatela constitui, nas palavras de Washington de Barros Monteiro,²⁷¹ "medida de amparo e proteção, e não penalidade". Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira,²⁷² o instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Segundo aduz o autor, essa era a ideia fundamental que o inspirava, e acentuá-lo ainda é de suma importância para a sua projeção na vida civil. A lei, afirma o autor, jamais instituiu o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que dela padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores,

²⁷⁰ RIBAS, Antonio Joaquim. Curso de direito civil brasileiro. v. 2. t. 2. p. 96-7.

²⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. v. 2. 43 ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 657.

²⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 2020. p. 229. Confira-se ainda: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direito de família. v. 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 261. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: parte geral. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 423.

aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.

Clóvis Bevilacqua,²⁷³ ao tratar em sua teoria geral sobre a proteção que o direito concede aos incapazes, preleciona que a lei protege os incapazes dando-lhes representantes, que lhes supram a incapacidade, com amplitude maior ou menor, segundo se trata de incapacidade absoluta ou relativa, e vela para que seus bens sejam conservados, impondo certas formalidades para a alienação de tais bens, confiando aos juízes o cuidado dos incapazes, e estabelecendo a responsabilidade dos tutores e curadores, a garantia da hipoteca legal, e, em favor dos menores, o benefício macedoniano (Código Civil de 1916, art. 1.259). O mesmo autor afirma que a situação jurídica criada, ao se declarar incapazes os menores e os *loucos*, o foi "não com o fito de lhes assinar uma posição inferior na vida, mas para defender-lhes as pessoas e o patrimônio, contra os abusos e perversidade dos outros".²⁷⁴

Lembrando a advertência de Eduardo Espínola Filho, para quem o conceito de curatela é complexo por abranger situações diversificadas, sem que seja possível condensá-lo em uma definição, Paulo Nader,²⁷⁵ entretanto, declina a sua própria, afirmando, sem pretensão de alcançar todos os ângulos de abrangência, que a curatela é um instituto de Direito Privado, formado por normas de ordem pública, destinado a amparar pessoa maior, ou menor púbere, que, em razão de enfermidade mental ou deficiências outras de saúde, não possui condições de gerir sua pessoa e bens, ou apenas estes, dotando-a de curador, pessoa que zelará por seus interesses, suprindo-lhe a incapacidade.

Embora a teoria das incapacidades, que inseriu no direito brasileiro as pessoas em uma das três categorias – i) capazes; ii) absolutamente incapazes; e, iii) relativamente incapazes –, tenha mencionado a deficiência ou enfermidade mental, psíquica ou intelectual no rol da incapacidade absoluta, sem atentar aos níveis e gradações desta enfermidade, e ainda, muito embora tenha introduzido como medidas de proteção aos incapazes os institutos da tutela e da curatela, cumpre observar que muitos outros remédios jurídicos encontravam-se espalhados no Código Civil de 1916, e aqui não nos referimos apenas à teoria das invalidades e aos

²⁷³ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. p. 119.

²⁷⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. p. 328.

²⁷⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. v. 5. p. 875-6.

institutos da nulidade ou anulabilidade dos atos praticados pelos absolutamente ou relativamente incapazes.

A análise da questão, na perspectiva do *Codex*, traz à baila panorama preciso dos dispositivos que são verdadeiros remédios a proteger as pessoas cometidas de deficiência ou enfermidade mental, psíquica ou intelectual. É bem verdade que o Código Bevilacqua, em seu art. 8º, afastou do rol de proteção aos incapazes a figura da restituição integral, por vezes lançadas nos livros como restituição *in integrum*, ou *restitutio in integrum*, consagrada pelo direito romano, onde se originou em razão da necessidade de proteger-se os menores de vinte e cinco anos²⁷⁶ de atos ruinosos, e que foi posteriormente estendida aos pupilos sob tutela e às pessoas equiparadas aos menores, como os *alienados*, e que importava no benefício concedido para permitir-se anular quaisquer atos, válidos sob outros pontos de vista, nos quais tivessem sido lesadas, e que encontrava-se inserida nas *Ordenações* (Livro 3, Título XLI, § 2). Através do referido instituto concedia-se a restituição de todos os atos judiciais ou extrajudiciais, omissivos ou comissivos, desde que provocassem lesão ao incapaz, salvo se tal lesão adviesse de caso fortuito, e desde que não houvesse outro remédio jurídico à sua disposição, sendo que não importava se o ato havia sido praticado com intervenção do juiz, tutor ou curador, aplicando-se, pois, aos casos de nulidade ou ausência dela, ou por outras palavras, o incapaz era tornado ao estado anterior, como se tais atos não tivessem sido

²⁷⁶ A Resolução de 31 de outubro de 1831 reduziu a *maioridade* para 21 anos, conforme dispôs seu art. 1º, na redação original: "[e]m vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil", havendo o art. 2º revogado a legislação em sentido contrário. Referida norma às vezes é nomeada *Decreto*, como constou na *Coleção das leis do Império*, às vezes nomeada *Resolução*, e, em outras vezes, *Lei*, como vemos, por exemplo, nos comentários de Candido Mendes de Almeida às *Ordenações* (nota 1 ao L. 1, T. LXXXVIII, p. 207, e nota 2 ao L. 3, T. XLI, p. 623), e deve-se ao fato de que a norma decorreu de *Resolução da Assembleia Geral Legislativa*, cuja determinação de execução deu-se pela Regência em nome do Imperador D. Pedro II. Clóvis Bevilacqua, por exemplo, nos comentários ao Código (v. 1. p. 196) e em sua Teoria (p. 123), e Augusto Teixeira de Freitas, utilizavam a expressão *Resolução* (Consolidação das leis civis. Anotada por Martinho Garcez. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos. 1915. nota ao art. 8º, p. 7). Outros porém preferiam a expressão *Lei*, como o fez J. M. Othon Sidou em artigo sobre o tema (O ingresso na maioridade (à luz do código civil e do direito comparado). In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985. v. 20. n. 26. p. 125-131. A referência encontrara-se à p. 126). Teixeira de Freitas ainda mencionava o Alvará de 28 de novembro de 1834, expedido pela Regência em nome do Imperador D. Pedro II (Departamento de Justiça imperial N. 417) que encontramos na *Collecção das decisões do governo do Império do Brazil de 1834*. v. 3. Rio de Janeiro: Thypographia Nacional. 1866. p. 316, e que na verdade este Alvará decorreu de dúvida surgida após a Resolução de 31 de outubro de 1831, sobre como haveriam de conduzir os juizes de órfãos com relação aos inventários nos quais não houvessem interessados menores de 21 anos de idade. Portanto, com a redução do atingimento da maioridade para 21 anos passou a ser esta a idade para efeito do benefício da *restituição*, e não mais aos 25 anos, como constava nas *Ordenações* (L. 3, T. XLI, pr). Consulte-se: *Collecção das leis do Império do Brazil de 1831*. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional. 1875. p. 177. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao3.html>. Acesso em 08 abr. 2021. O Código Civil de 1916 estabelecia, no art. 9º, a maioridade aos 21 anos completos. Por sua vez, o Código Civil de 2002, em seu art. 5º, estabeleceu a maioridade aos 18 anos completos.

praticados. Através do instituto, aduz Pontes de Miranda,²⁷⁷ "o magistrado restabelecia a situação anterior, rompendo quaisquer empecilhos jurídicos que encontrasse, de sorte que em vez da *actio*, que é tendente ao respeito do direito, a *restitutio in integrum* restabelecia o estado anterior, desbaratando direitos, pretensões, ações e exceções". A restituição beneficiava os menores que estivessem sob o poder familiar (pátrio poder) ou tutela, bem como os alienados, surdos-mudos incapazes e os pródigos interditos, dispondo as *Ordernações prazo decadencial*²⁷⁸ de quatro anos a partir do término da menoridade ou da incapacidade para o exercício de tal direito. Concedida a restituição voltavam as coisas ao estado anterior, com reposição quanto àquilo que cada parte houvesse recebido da outra, incluindo rendimentos e indenização por despesas necessárias e úteis.²⁷⁹

O fato de exclusão da regra especial não retirou, todavia, a aplicação dos princípios gerais consubstanciada na restituição ao estado anterior ou a indenização pelo equivalente, nos termos do art. 158, decorrente de anulação do ato jurídico quando violadores das normas de ordem pública.

Assim, inobstante a restrição da aplicação aos incapazes do antigo direito à *restitutio in integrum*, fato é que diversas regras de proteção foram previstas no Código Civil de 1916 e reproduzidas no Código Civil de 2002, conforme adiante se demonstrará.

5.4 Outras regras de proteção ao incapaz

Entre os inúmeros dispositivos protetivos destinados aos incapazes encontrava-se o art. 36, segundo a qual os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes, e este *domicílio legal* ou *domicílio necessário* possui reflexos de ordem material e processual. Ainda como forma de proteção, insculpiu o legislador o art. 82, na teoria do ato (*negócio*) jurídico, regra milenar segundo a qual "[a] validade do ato jurídico requer agente capaz", posto que "[o] ato

²⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 4. 1974. p. 109.

²⁷⁸ Quanto à análise dos prazos legais e as regras para se afirmar se possuem natureza decadencial ou prescricional, confira-se estudo que fizemos quando do mestrado nesta Casa de Ensino: BOMFIM, Silvano Andrade do. Responsabilidade civil dos prestadores de serviços no código civil e no código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2013. p. 263-87.

²⁷⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Theoria geral do direito civil. p. 119-22. Confira-se ainda: ALMEIDA, Candido Mendes de. Código philippino..., Livro 3. p. 623.

jurídico tem por conteúdo uma declaração de vontade", de maneira que o agente "deve ser capaz de querer validamente", de sorte que "[a] ordem jurídica declara ineficaz a vontade dos incapazes".²⁸⁰ Mesmo o subsequente art. 83, que vedava a uma das partes invocar a incapacidade da outra em proveito próprio, salvo se indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum, tinha evidente caráter protetivo do incapaz. Igualmente tenha-se em mente o art. 84, o qual consagrou o instituto da representação dos absolutamente incapazes através dos pais, tutores e curadores em todos os atos jurídicos, bem como a representação dos relativamente incapazes segundo as regras espalhadas no código. Mesmo o inciso I, do art. 142, que impediu a admissão dos "loucos de todo o gênero" como testemunhas, para além de salvaguardar direitos e interesses em litígio, não deixava de ser medida de proteção ao incapaz.

O art. 145, grande luminar na teoria das invalidades, estabeleceu ser nulo o ato jurídico quando praticado por pessoa absolutamente incapaz, afirmando Clóvis Bevilacqua que a "*nulidade* é a declaração legal de que a determinados atos não se prendem efeitos jurídicos, normalmente produzidos por atos semelhantes", e ainda, que a *nulidade* "[é] uma reação da ordem jurídica para restabelecer o equilíbrio perturbado pela violação da lei".²⁸¹ Uma vez ofendido princípio básico da ordem jurídica, no interesse da coletividade, que é a capacidade do agente em sua plenitude, impôs o legislador a *nulidade de pleno direito*, com o que o ato praticado é *nulo*, e, por outro lado, quando os preceitos violados se destinam, de maneira particular, à proteção de interesses individuais, como ocorre no caso do agente relativamente incapaz, o ato praticado é *anulável*, sendo hipótese de *nulidade sanável*. O autor retro citado aduz, referindo-se aos atos praticados por aqueles elencados no art. 5º, do Código Civil de 1916, entre os quais estavam os chamados *loucos*, que se a incapacidade é absoluta os atos praticados são juridicamente inexistentes, recusando o direito validade aos atos praticados por tais pessoas por não possuírem desenvolvimento mental preciso para *querer juridicamente*. Ao lado do art. 145 supra, concebeu o ordenamento jurídico seu irmão gêmeo, que era o art. 147, o qual, em seu inciso I, estabeleceu ser anulável o ato jurídico praticado por agente relativamente incapaz, cujo rol encontrava-se no art. 6º, tratando-se, pois, da figura da *anulabilidade* ou da *nulidade dependente de rescisão*.

²⁸⁰ BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 1. p. 327.

²⁸¹ BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 1. p. 408-9.

E a distinção entre a nulidade de pleno direito e a anulabilidade (ou nulidade dependente de rescisão) era evidente no Código de 1916, destacando-se que: i) enquanto a anulabilidade é decretada tendo em vista algum interesse individual, a nulidade de pleno direito está fundada no interesse geral, sendo de ordem pública; ii) a anulabilidade pode ser elidida pela ratificação (arts. 148 e 150, CC/1916), enquanto a nulidade não a admite; iii) a anulabilidade deve ser declarada por sentença judicial (at. 152, CC/1916), enquanto a nulidade de pleno direito pode ser pronunciada de ofício; iv) somente os interessados (aqueles a quem aproveita a rescindibilidade ou sucessores) podem alegar a anulabilidade, enquanto a nulidade de pleno direito pode ser alegada pelo Ministério Público e por quem tenha qualquer interesse na anulação do ato.

Outrossim, o art. 157 asseverou que ninguém poderia reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provasse que o valor pago reverteu em proveito dele, incapaz. Tendo-se em vista serem nulas as obrigações contraídas pelo absolutamente incapaz, conforme dispunha o art. 145, I, do *Codex*, e serem anuláveis as obrigações contraídas pelos relativamente incapaz, conforme dispunha o art. 147, caberia ao incapaz, e não a quem com ele tivesse contratato, o direito de pedir a anulação do ato, tratando-se de incapacidade relativa, pois foi em benefício dos incapazes que tal regra foi criada. Sendo a incapacidade absoluta, a nulidade poderia ser pedida por qualquer interessado, e também pelo Ministério Público, e haveria de ser pronunciada pelo juiz.²⁸²

Outra significativa medida de proteção encontrava-se disposta no inciso I, do art. 169, pela qual consagrou-se que contra o absolutamente incapaz não corre a prescrição. Igualmente, o inciso II, do § 5º, art. 178, ao estabelecer prazo prescricional de seis meses à propositura de ação para anular casamento do incapaz de consentir, asseverando as regras de legitimidade para propositura e início do prazo. Mesmo a regra do XII, § 6º, do art. 178, que estabeleceu prazo prescricional de um ano para propositura de ação judicial, pelos herdeiros do filho, a fim de provar legitimidade da filiação, prazo esse contado da data do falecimento na hipótese de perecer incapaz, embora beneficiando diretamente os herdeiros deste, somente encontrava razão de existência na incapacidade. Além disso, ainda sobre as regras de prescrição, tenha-se em mente a proteção conferida na alínea "c", do inciso V, do art. 178, pela qual se afirmou o prazo de quatro anos para propositura de "ação de anular ou rescindir os contratos", quanto aos atos dos incapazes, contado do dia em que cessada a incapacidade.

²⁸² BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 1. p. 441-2.

Mesmo o art. 183, IX, que impediu os incapazes de se casarem, mostrava-se, no contexto social e econômico, medida protetiva. O inciso II do art. 210 tratava da legitimidade para a ação de anulação do casamento contraído pelo incapaz, enquanto o art. 211 permitia a ratificação do casamento, pelo incapaz após aquisição da capacidade, com retroação de efeitos à data da celebração. Igualmente, o art. 316, parágrafo único, que tratava da ação de desquite como ação personalíssima, trouxe previsão de representação pelo ascendente ou irmão do incapaz para a propositura da ação, dispositivo que viria a ser revogado pelo art. 54 da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que instituiu o divórcio no país como causa de dissolução do casamento e trouxe a figura da separação judicial,²⁸³ em substituição ao antigo desquite. Por outro lado, em capítulo destinado ao regramento da filiação, o legislador inseriu o art. 350 para afirmar que a ação de prova de filiação legítima competia ao filho enquanto vivesse, e que tal direito passaria aos herdeiros se morresse menor ou incapaz. Ainda na sequência de regramento protetivos, havia o art. 372, que em sua redação original, malgrado sua dificuldade redacional, proibia a adoção sem o consentimento da pessoa debaixo de cuja guarda estivesse o adotando, menor ou interdito, e, com a alteração redacional promovida pela Lei 3.133/57 passou a asseverar não se poder adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal quando incapaz ou nascituro.

O Código trouxe ainda a disposição contida no art. 457, segundo a qual os *loucos*, sempre que parecesse inconveniente conservá-los em casa, ou exigisse seu tratamento médico, seriam também recolhidos em estabelecimentos adequados.

Destaca-se ainda a regra dispostas no art. 840, a qual estabeleceu a chamada hipoteca legal dos incapazes a fim de que as pessoas indicadas no texto legal inscrevessem a hipoteca antes de assumirem a responsabilidade pela administração dos bens dos incapazes, como forma de impedir prejuízos ou confusão de ordem patrimonial, ou, por outras palavras, como garantia da administração que se iria iniciar na pessoa do representante. O art. 841, parágrafo único, por sua vez, permitia que qualquer parente sucessível do incapaz promovesse o registro público do termo de tutela ou curatela, e o inciso I do art. 842 referia-se à inscrição da hipoteca legal dos ofendidos incapazes por seu representantes, o que abrangia, quanto aos *alienados*, seu curador.

²⁸³ A Emenda Constitucional 66/2010 trouxe alteração quanto ao divórcio direto, afastando exigência de qualquer prazo para a dissolução do casamento.

Outra regra protetiva ao incapaz, com subsídio no direito romano, existente no direito português e de outras nações, e inserida pelo Código Civil de 1916, encontrava-se no art. 936, segundo a qual não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que tal pagamento reverteu em efetivo benefício daquele. Isso porque, sendo o pagamento um ato jurídico, aquele que recebe deve ser pessoa capaz, sendo igualmente ato liberatório e extintivo de direito, e por tal motivo exige a capacidade plena. Feito o pagamento a pessoa absolutamente incapaz tal pagamento é nulo de pleno direito, e caso feito a pessoa relativamente incapaz pode ser ratificado pelo representante deste ou por ele próprio após cessar a incapacidade.²⁸⁴

Na senda da proteção aos incapazes o legislador fez constar no diploma civil revogado a regra do inciso VI, do art. 973, a saber, o cabimento do pagamento por consignação na hipótese de credor incapaz. A consignação é modo indireto de libertação do devedor quanto à sua obrigação, ou seja, ela desfaz o vínculo obrigacional, e consiste no depósito judicial da coisa devida. Embora a forma pela qual se revista possua natureza processual, a substância e os efeitos deste instituto pertencem ao direito civil, razão de seu tratamento no código civil. O pagamento, tratando-se de credor incapaz, deve ser feito ao representante legal deste, e na ausência de representante do incapaz o devedor deve recorrer à consignação.²⁸⁵ E, muito embora traga a consignação em juízo importantes efeitos ao devedor, que elide assim a discussão quanto a inadimplência total ou parcial (mora), traz, inobstante, importantes consequência ao credor, que, no caso de incapacidade, não sofrerá o risco do não recebimento da coisa (bem ou quantia), ou seja, do pagamento ou cumprimento da obrigação, pelo devedor, a terceiros que não o representem.

Todavia, o parágrafo único do art. 1.141, do Código Civil de 1916, em homenagem à segurança das relações jurídicas, ao regular o *pacto adjeto de retrovenda* ou de *retroemendo* nos contratos de compra e venda de bens imóveis, e estabelecer o limite do prazo de resgate convencional pelo vendedor em 3 (três) anos, dispôs que tal prazo prevalece contra qualquer pessoa, ainda que incapaz. Inexiste ausência de proteção ao incapaz na regra referida, posto tratar-se tão somente de cumprimento a contrato que já preencheram os requisitos de validade

²⁸⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 4. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1943. p. 89. BEVILAQUA, Clóvis. Direito das obrigações. 5. ed. rev. e accresc. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1940. p. 102.

²⁸⁵ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 4. p. 129-31.

quanto à capacidade das partes, com aceitação da propriedade resolúvel e condição resolutiva, razão da prevalência da disposição contratual.

O art. 1.170 do Código Bevilaqua trazia uma regra igualmente protetiva, embora não contivesse a palavra *incapaz*. Afirmava o Código Bevilaqua que "às pessoas que não puderem contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras", e Clóvis Bevilaqua, comentando o assunto, relembra as pessoas impossibilitadas de contratar (os menores de dezesseis anos, os *loucos*, os surdos mudos) e aquelas com capacidade limitada mas que não lhes tinha negada de modo absoluto a faculdade de contratar (a mulher casada – antes do Estatuto da Mulher Casada ao qual nos referimos acima –, o maior de dezesseis anos e o pródigo). Para o autor, o pensamento é de que todas essas pessoas, absoluta ou relativamente incapazes, podiam *aceitar* doações puras, e como a doação pura é ato essencialmente benéfico que somente vantagens traz ao beneficiário, não haveria necessidade de intervenção dos representantes legais para sua aceitação. Tratava-se de aceitação tácita pelos absolutamente ou relativamente incapazes. Somente a doação com encargo ou sujeita a condição necessita ser aceita com a intervenção do legítimo representante do incapaz. Em outras palavras, era tácita a aceitação das doações puras pelas pessoas incapazes de contratar, e a figura do representante somente aparece depois, como administrador do patrimônio do incapaz. Era o poder social, arremata Clóvis Bevilaqua, que se manifestava na lei suprindo a incapacidade do donatário e tornando perfeita a doação, inobstante sua incapacidade, de sorte que a atuação do representante legal seria afastada, e somente apareceria para fins de administração dos bens do incapaz.²⁸⁶

Ainda na senda contratual, o *Codex* de 1916, ao tratar do contrato de *locação de serviços* – nomenclatura corrigida no diploma atual para *prestação de serviços* –, dispôs no inciso I, do art. 1.229, entre as hipóteses de justa causa para dispensa do *locador*, ou seja, do prestador do serviço, a enfermidade ou qualquer outra causa que o tornasse incapaz dos serviços contratados. Neste ponto a enfermidade e incapacidade haveria de ser entendida de forma ampla, abarcando inclusive a enfermidade mental, psíquica ou psicológica.

Modalidade protetiva também constou do art. 1.276, o qual inserido no contrato de depósito, asseverou que se o depositário se tornasse incapaz, a pessoa que lhe assumisse a administração dos bens, diligenciaria, imediatamente, restituir a coisa depositada, e, não querendo ou não podendo recebê-la o depositante, poder-se-ia recolhê-la ao depósito público

²⁸⁶ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 4. p. 335-6.

ou nomear outro depositário. Isso porque a incapacidade superveniente do depositário resolve o contrato, uma vez que o incapaz não pode responder pelas obrigações que decorrem do contrato, e, por outro lado, o representante legal do incapaz é pessoa estranha ao depósito.²⁸⁷

O Código Civil de 1916 estabeleceu ainda, no contexto do contrato de mandato, quanto às obrigações do mandatário, a regra do § 2º, do art. 1.300, segundo o qual na hipótese de poderes de substabelecer, os danos causados pelo substabelecido, se este fosse notoriamente incapaz, haveriam de ser suportados pelo mandatário substabelecente, e não pelo substabelecido incapaz. Em outras palavras, não responderia o mandatário substabelecido notoriamente incapaz pelos prejuízos causados ao mandante, mas tais prejuízos deveriam ser suportados exclusivamente pelo mandatário substabelecente, por ter agido com culpa *in eligendo* ao colocar no posto que lhe fora confiado pessoa notoriamente incapaz,²⁸⁸ o que também demonstrava evidente forma de proteção jurídica do incapaz, o qual estaria isento de arcar com os prejuízos que causou.

O art. 1490, do Código Bevilacqua, por sua vez, estabeleceu a faculdade, no contrato de fiança, do credor exigir substituto na hipótese do fiador se tornar incapaz, e embora a princípio pareça a regra ser destinada a proteger ao credor, não deixa por outro lado de proteger também os interesses pessoais e patrimoniais do fiador que se tornou incapaz.

Também inseriu o código revogado medida protetiva ao incapaz no tema relativo ao testamento. Veja-se que o art. 1.627, inciso II, afirmava serem incapazes de testar os *loucos de todo o gênero*, e isto porque não podem *querer juridicamente*, sendo indiferente que tenha havido ou não decreto de interdição, por ser o testamento um ato personalíssimo, exclusivamente próprio de seu autor, e o caráter personalíssimo do ato não sofre modulação com a curatela. Mesmo que as cláusulas lançadas na cédula testamentária pareçam sensatas o testamento é nulo, pois não admitidos no ordenamento jurídico brasileiro os intervalos lúcidos. Porém, a incapacidade mental superveniente não invalida o testamento anteriormente feito, assim como o testamento do incapaz não se valida com a superveniência da capacidade, nos termos do que dispôs o art. 1.628 do *Codex* revogado.²⁸⁹ Ainda sobre o mesmo tema, dispôs o inciso II, do art. 1.650, a vedação dos *loucos de todo o gênero* figurarem como

²⁸⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1943. p. 16.

²⁸⁸ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 5. p. 47.

²⁸⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das sucessões. 3. ed. rev. e accresc. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1938. p. 192-9 e 206-7. Quanto às diversas causas que impedem a clareza mental do testador confira-se as pp. 194-9.

testemunhas instrumentárias do testamento. Cumpre observar que a referência aos incapazes para adquirir por testamento, contida nos arts. 1.717, 1.718, e no parágrafo único do art. 1.720, possuíam significado distinto da incapacidade mental, posto que referia-se aos incapazes de serem eleitos herdeiros ou legatários em decorrência de sua condição particular: i) inexistência de concepção; ii) ter escrito, a rogo, o testamento; ou ser cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de quem a rogo o escreveu; iii) ser concubina do testador casado; iv) ser oficial público, civil ou militar, comandante ou escrivão perante o qual foi confeccionado o testamento, ter feito ou aprovado o testamento.

Outra modalidade de proteção e deferência aos acometidos de alienação mental foi inserida no Código de 1916 precisamente no capítulo relativo à deserdação, que é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima,²⁹⁰ e somente pode ser realizada por testamento. Trata-se da regra contida no inciso V, do art. 1.744, o qual elencou entre as causas autorizadas da deserdação dos descendentes pelos ascendentes o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, e o inciso IV, do art. 1.745, por sua vez, elencou entre as causas autorizadas da deserdação dos ascendentes pelo descendentes o desamparo do filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade.

Por fim, a última regra de proteção decorrente da incapacidade no Código Civil de 1916 estava disposta no art. 1.774, segundo a qual a partilha sempre haveria de ser judicial no caso de divergência entre os herdeiros ou se algum deles fosse menor ou incapaz, ou seja, teria lugar a partilha judicial todas as vezes em que houvesse impedimento para sua feitura amigável decorrente de ausência de concordância entre os herdeiros, ou caso ausente em pelo menos um deles a capacidade necessária para firmar convenções juridicamente válidas. Clóvis Bevilacqua, sobre o tema, afirma que na classe dos incapazes compreendiam-se os menores, os dementes, os pródigos, os interditos e os ausentes.²⁹¹

5.5 O advento do Código Civil de 2002

²⁹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das sucessões. p. 297-9.

²⁹¹ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das sucessões. p. 377-8.

Com o passar das décadas a sociedade sofreu fortes alterações, ensejando discussões quanto à necessidade de atualização e mudanças das regras civis contidas no Código Bevilacqua. Inicialmente surgiram Anteprojetos de Código de Obrigações em 1941 (Hahnemann Guimarães, Philadelpho Azevedo e Orosimbo Nonato) e 1965, sendo este último revisto pela comissão de juristas formada por Orosimbo Nonato (Presidente), Caio Mário da Silva Pereira (Relator-Geral), Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Theophilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros. Posteriormente, surgiu o Anteprojeto de Código Civil de 1963, de autoria do professor Orlando Gomes.

Ainda no anseio de se obter legislação mais harmoniosa com a sociedade brasileira, surgiu novo Projeto de Código Civil,²⁹² a saber, o Projeto de Lei 634, de 1975, inaugurado na Câmara dos Deputados, publicado no Diário do Congresso Nacional em 13/06/1975. Sob a supervisão do professor Miguel Reale, o Anteprojeto de Código Civil teve como autores os professores José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes Machado (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família), e Torquato Castro (Direito das Sucessões).²⁹³

Registre-se, por oportuno, que a Câmara dos Deputados, após encerramento da votação em Plenário (09/05/1984) e após aprovação unânime da redação final (16/05/1984), publicou a redação final como Projeto de Lei 634-B, de 1975, em 17/05/1984,²⁹⁴ antes da remessa ao Senado Federal, ocorrida em 12/06/1984. O projeto, no Senado, seria arquivado em 17/12/1990, por força do art. 333 do Regimento Interno, e seu desarquivamento ocorreria em 01/07/1991 para continuidade dos trabalhos, sendo que em 15/03/1999 a proposição retornou

²⁹² Na esteira da diretriz estabelecida pelo Decreto 61.239/1967, publicado pelo então Presidente da República, General Costa e Silva, que tinha por objetivo a criação de comissão de revisão e coordenação dos projetos de códigos, a versão final do Anteprojeto de Código Civil foi entregue pelo Professor Miguel Reale, em 16/01/1975, ao ministro da justiça, à época Armando Falcão, o qual encaminhou em 06/06/1975 ao Presidente da República, à época General Ernesto Geisel, o qual, em 10/06/1975, o submeteu ao Congresso Nacional, onde tramitou como Projeto de Lei 634/1975, e posteriormente, Projeto de Lei 634-B/1975.

²⁹³ Diário do Congresso Nacional. Seção I. Suplemento (B) ao n. 061. 13.6.1975. p. 105 e ss. Cumpre registrar que em maio de 1969 foi constituída comissão revisora e elaboradora do código civil, a qual, iniciou os trabalhos em 23.5.1969 e, após vários meses de pesquisas e reuniões, entregou ao então ministro da justiça Alfredo Buzaid, em 9.11.1970, o primeiro texto do Anteprojeto. Após continuados estudos a versão aprimorada do Projeto foi publicada na Imprensa Nacional em 7.8.1972, e após manifestações, sugestões e críticas da sociedade brasileira, houve como resultado nova versão do Anteprojeto, publicado em 18.6.1974, com adequações decorrentes tanto das sugestões recebidas como de estudo próprio da comissão. Após esta segunda publicação, novas sugestões e emendas foram analisadas, e, nesse contexto, surge o texto final do Anteprojeto que viria a se tornar o Projeto de Lei 634/1975. A exposição de motivos de Miguel Reale indica o importante reflexo que o empreendimento teria na vida nacional.

²⁹⁴ Diário do Congresso Nacional. Seção I. ano XXXIX. Suplemento ao n. 047. 13.6.1975.

à Câmara dos Deputados, tendo naquela casa sido criada Comissão Especial com o fim de analisar as emendas produzidas pelo Senado ao projeto, tendo sido designado Relator, em 20/09/1999, o Deputado Ricardo Fiuza, o qual teve seu Parecer aprovado em 06/12/2000 no âmbito da Câmara Especial, e havendo na mesma data a aprovação da redação final em Plenário, encaminhando-se à sanção presidencial, o que ocorreu em 10/01/2002, com a transformação na Lei 10.406, de 2002.

A parte geral, segundo constou da exposição de motivos do ministério da justiça no encaminhamento ao parlamento brasileiro, conteria "atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica".

Afastando-se dos pressupostos individualistas do Código de 1916, o Projeto de Lei 634/1975 trouxe novos paradigmas e dois princípios fundamentais, quais sejam, *socialidade* ou socialização do Direito, e *concreção* ou *concretude jurídica*, como apontou Miguel Reale em sua exposição de motivos ao Projeto apresentado. A premência da elaboração de um novo código civil, além das modificações havidas na sociedade, também tinha como pano de fundo o advento do Código de Processo Civil de 1973, o que descortinou a necessidade de reforma e adequação da lei substantiva como forma até mesmo de complementaridade. "Códigos definitivos e intocáveis não os há", leciona Miguel Reale,²⁹⁵ "nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade".

5.6 A capacidade civil no Código Civil de 2002

Houve, pois, substancial alteração, conforme aponta Miguel Reale, concernente ao tormentoso *problema da capacidade* da pessoa física ou natural, em razão dos contrastes da doutrina e jurisprudência na busca por critérios válidos entre incapacidade absoluta e relativa, e, após sucessivas revisões do Anteprojeto de Código Civil, chegou-se a uma posição fundada nos subsídios mais recentes, à época, relativamente à psiquiatria e à psicologia,

²⁹⁵ Projeto de Lei 634 de 1975. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Suplemento (B) ao n. 061. 13.6.1975. p. 108.

distinguindo-se entre "enfermidade ou retardamento mental" e "fraqueza da mente", determinando aquela a incapacidade absoluta, e esta a incapacidade relativa. Reconheceu-se, ademais, a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes não apenas os surdos mudos, mas todos "os excepcionais sem desenvolvimento mental completo". Cumpre observar que em busca da perfeição quanto à nomenclatura que seria utilizada para referir-se aos incapazes que o Código de 1916 denominava *loucos de todo o gênero*, Miguel Reale,²⁹⁶ em sua conferência na segunda reunião ocorrida na Câmara dos Deputados em 5.8.1975 – em Comissão Especial encarregada da avaliação do projeto de lei, presidida pelo então deputado Tancredo Neves –, relata que em cada versão do Projeto (1972, 1974 e 1975) se notava uma expressão nova ao art. 3º e 4º, relativos aos absolutamente incapazes e aos relativamente incapazes, sendo que as expressões eleitas assim o foram em razão de sugestões feitas pela Sociedade de Psiquiatria do Brasil e de grandes especialistas em psiquiatria e medicina legal.²⁹⁷

²⁹⁶ Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2012. v.1. p. 57-131. A citação encontra-se à p. 69-70.

²⁹⁷ O Projeto de Lei 634/1975, quando do início de sua tramitação, em junho de 1975, continha, nos arts. 3º e 4º, a seguinte redação:

"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 retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

III – Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

IV – Os silvícolas, nos termos da legislação especial.

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

I – OS maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.

II – Os fracos da mente, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos.

III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

IV – Os pródigos."

Posteriormente, a redação final do Projeto 634-B/1975, na Câmara dos Deputados, antes do encaminhamento ao Senado Federal, trazia a seguinte redação a tais dispositivos:

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

I – Os menores de dezesseis anos.

II – Os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem os necessário discernimento para a prática desses atos.

III – Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

I – Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos.

II – Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por fraqueza mental, tenham o discernimento reduzido.

III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

IV – Os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos silvícolas será regulada por legislação especial."

José Carlos Moreira Alves,²⁹⁸ responsável pela Parte Geral do Projeto de Código Civil, em conferência na décima reunião realizada em 19/08/1975, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, presidida pelo então deputado Tancredo Neves, narrou a reformulação ampla havida nos arts. 3º e 4º, do Projeto, que tratavam da capacidade civil, e afirmou ser este tema objeto de muita controvérsia e muita crítica. Tendo em vista a importância histórica, trazemos abaixo as palavras do renomado professor, tais como proferidas na citada reunião:

"Por outro lado se fez uma reformulação muito ampla nestes arts. 3º e 4º, que tratam da capacidade civil, também objeto de muita controvérsia, muita crítica. Controvérsia e crítica que já houve quanto ao código atual. O problema da capacidade é delicado, principalmente quando entramos no terreno que é tão ou mais movediço que o terreno jurídico, que é o da ciência médica em matéria de psicopatia, neurose, doenças mentais, enfim, de toda aquela gama de doenças mentais ou de estados mentais que não são doentios, mas em que a vontade humana não pode ter trânsito absolutamente livre no sentido de permitir ao seu portador discernir exatamente a respeito do seu comportamento para a prática dos atos da vida civil. Por isso várias inovações estão contidas nestes arts. 3º e 4º. Vou dar apenas exemplos.

Estabelece-se aqui que são absolutamente incapazes os que, por enfermidades ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. Inciso III – “Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. No art. 4º se estabelece que são incapazes relativamente os ébrios habituais e os viciados em tóxicos. E, em seguida: “Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Com isso se desdobrou toda aquela gama de situações que o código resumiu em poucos incisos, o principal dos quais era aquele que deu margem a monografias, ou seja, a expressão “louco de todo o gênero”. Aboliu-se, afastou-se essa expressão. E afastou-se por uma razão. Não há mais que se cogitar apenas do problema da expressão “loucos de todo o gênero” abranger todas as formas doentias de deficiência mental. Mas é preciso ir além. É preciso também trazer para esta disciplina aqueles estados, que aliás já são trazidos e que são englobados na expressão “loucos de todo o gênero”, para o jurista, aqueles estados fronteiros, que não chegam a ser moléstia, mas que também não são um estado normal. Embora, em matéria mental, tenhamos aquela velha imagem que nos traz uma certa perplexidade e um certo desalento no discipliná-las a figura do pêndulo: “O homem é um pêndulo que oscila da loucura para a imbecilidade e se

²⁹⁸ Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. v. 1. p. 411-60.

encontra em estado normal quando ele está aproximadamente no centro”. O problema é saber qual é esse centro. Pois bem, então se estabelece aqui o quê? Estabelece-se uma disciplina daqueles estados fronteiriços a este centro hipotético, que não chegam a configurar estágios mentais doentios, mas que também configuram aquilo que, na normalidade da vida comum, compreendemos como estados normais de vida mental. Por isso é que se disciplinam essas hipóteses: enfermidade ou retardamento mental.

Disciplinam-se os problemas de causas transitórias que não permitirem a expressão da vontade. Não se fala mais apenas em surdo-mudez, porque há certas formas de paralisia completa em que o indivíduo não pode exprimir a sua vontade, mas não é surdo. Ele ouve mas não pode falar, não pode movimentar-se, portanto não exprime a sua vontade. Não é caso de surdo-mudez. Há casos de amnésia, há casos de alterações psíquicas meramente transitórias para as quais era preciso ouvir a doutrina para complementar os dispositivos que existem no Código Civil. Aqui se estabeleceu que são absolutamente incapazes, por exemplo, os hipnotizados. Por quê? Porque, ainda que por causa transitória, eles não podem exprimir sua vontade própria, portanto, para aquele ato são absolutamente incapazes.

Dir-se-á que com esse tratamento se prejudica o tratamento da curatela, porque então vamos interditar transitoriamente e vamos ter interdições e desinterdição, ora sim, ora não. Não. Para isto é que se conjugou ao tratamento da curatela esse dispositivo em que se estabeleceu que somente os retardamentos, enfermidades ou situações que impeçam a expressão da vontade, mas sejam em caráter pelo menos permanente – não perpétuo, mas pelo menos permanente – é que acarretarão a curatela. De modo que não se vai precisar interditar evidentemente ninguém que, por hipnose eventual, naquele momento não esteja em estado mental que lhe propicie discernimento para a prática de um ato da vida civil.

Adotou-se também essa expressão “fraco da mente”, que tem sido muito combatida. Mas eu confesso aos Senhores que, nos seis anos de elaboração deste projeto, ninguém apresentou uma outra expressão melhor do que esta. Então preferimos seguir a expressão que já tem o aval do código alemão, que fala em “fraco do espírito”. Falamos “fraco da mente”, expressão que já tem o aval do maior monumento legislativo que se fez no mundo, que ainda hoje, sem dúvida, é o velho BGB, de 1896. Já se tem, portanto, todo um trabalho doutrinário, ainda que alienígena, mas perfeitamente aplicável lá e que portanto pode ser aplicado aqui. E mais: se a expressão “loucos de todo gênero” nunca trouxe problema nenhum para disciplinar aqueles estados de espírito que não são enfermos, é óbvio que “fracos da mente” são aqueles estados de espírito em que não se configura propriamente uma enfermidade, em que não se chega a figurar um retardamento permanente, mas

que se encontram naquela zona fronteira que já hoje, na expressão genérica “loucos de todo gênero”, vem devidamente abrangida.”²⁹⁹

Após longa tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, e após numerosas emendas e revisões, bem como adaptações decorrentes da nova ordem proclamada pela Constituição Federal de 1988, referido Projeto de Lei 634-B/1975 foi finalmente aprovado e sancionado como Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituindo o novo Código Civil, com *vacatio legis* de um ano, conforme dispôs seu art. 2.044, entrando em vigor em 11 de janeiro de 2003.

Assim, reformulando o sistema das incapacidades, estabeleceu o legislador, na redação primitiva do art. 3º, do Código, quanto à incapacidade absoluta:

Art. 3 – 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.

E, quanto à incapacidade relativa, dispôs o legislador na redação primitiva do art. 4º, do Código Civil de 2002:

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

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

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

²⁹⁹ Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002. v. 1. A citação encontra-se à p. 422-4. Quanto às críticas de José Lamartine Correa de Oliveira, proferidas em 24.9.1975, na décima sexta reunião da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, confira-se a p. 671-725, notadamente a p. 681-3.

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

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

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador em estabelecer espectro abrangente quando se estivesse diante de incapacidades de ordem mental, psíquica ou intelectual, de maneira que tornou mais completa a noção que se possuía da teoria das incapacidades, evitando, por conseguinte, a possibilidade de haver sujeito com disfunção em seu *querer jurídico* inserido entre aqueles plenamente capazes. Veja-se que apenas nos arts. 3º e 4º acima transcritos, em incisos diversos, utilizou o legislador por três vezes a palavra *mental* ligada à *deficiência* ou ausência de completo *desenvolvimento*.

E, novamente, manteve o legislador a tradição da capacidade civil como regra e a incapacidade como exceção, sempre, todavia, com vistas eminentemente à proteção da parte vulnerável, e, no que toca ao presente trabalho, quanto à conferência de capacidade de ação, o art. 3º do *Codex* elencou os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os seus direitos, que devem ser representados, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I), enquanto o art. 4º elencou os relativamente incapazes, aqueles possuidores de algum discernimento e, por conseguinte, autorizados a participar dos atos jurídicos que lhes diga respeito, desde que devidamente assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade (art. 171, I), havendo hipóteses restritas em que permite-lhes a lei atuação isolada.³⁰⁰ Em outras palavras, a teoria das incapacidades, tal qual contida originalmente no Código Civil de 2002 conteve as pessoas inseridas em três categorias distintas – i) capazes; ii) absolutamente incapazes; e, iii) relativamente incapazes.

Na esteira das regras protetivas consolidadas no sistema das incapacidades do código anterior, o código vigente estabeleceu o instituto da tutela (art. 1.728) aos incapazes em razão da idade, e o instituto da curatela (art. 1.767) aos incapazes maiores portadores de *distúrbios*

³⁰⁰ Conf.: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. v. 1. 2022. p. 116 e seguintes. Confira-se ainda: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 49 e ss. LOTUFO, Renan. Código civil comentado. v. 1. p. 45-74. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 1. p. 386-402 e 415-436.

biopsíquicos, e, por exceção, aos nascituros e aos menores, aplicando-se à curatela, no que cabível, as regras da tutela.³⁰¹

É de observar que, à semelhança do *Codex* revogado, encontram-se espalhados no Código Civil atual muitos outros remédios jurídicos destinados à proteção dos incapazes, neles incluídos aqueles portadores de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual, e novamente não apenas nos referimos à teoria das invalidades e aos institutos da nulidade ou anulabilidade dos atos praticados, respectivamente, pelos absolutamente ou relativamente incapazes, mas ao enorme espectro protetivo verificado nas diversas searas das relações humanas regidas pelo diploma substantivo pátrio.

Vejamos, pois, pormenorizadamente, partindo para além dos arts. 3º e 4º, acima descritos, as várias regras protetivas em que o legislador, utilizando as expressões *incapaz*, *incapacidade*, *enfermo* ou *deficiente mental*, estabeleceu balizas para amparo de tais pessoas.

O diploma civil estabeleceu no art. 9º, inciso III, que a interdição por incapacidade absoluta ou relativa será objeto de registro no registro público, como forma de dar publicidade a todos quanto ao estado pessoal e à capacidade, tratando-se, na espécie, de atribuição do registro civil das pessoas naturais, nos termos do inciso V, do art. 29, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que instituiu a Lei de Registro Públicos, a qual estabelece, no art. 89 e seguintes as regras sobre emancipação, interdição e ausência, merecendo especial atenção o art. 92 da citada lei. A publicidade que se impõe é medida de segurança jurídica e proteção. Outra regra protetiva ao incapaz na atual codificação encontra-se no art. 76, e trata do domicílio necessário ou legal a ele concedido, ou seja, o domicílio de seu representante ou assistente, como forma de facilitar o cuidado destes para com aquele.

5.7 Outras disposições protetivas

Inaugurando o livro dos fatos jurídicos encontra-se o art. 104 do Código, o qual elenca os *requisitos* ou *pressupostos de validade* do negócio jurídico, sendo o primeiro deles, contido no inciso I, *agente capaz*. A capacidade do agente é um dos elementos gerais

³⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil: direito de família e sucessões. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 491.

extrínsecos conferidor de validade do negócio jurídico.³⁰² E o art. 105, por sua vez, estatui que a incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum, o que demonstra sistema protetivo exclusivo, que não se estende a outrem, salvo em se tratando de indivisibilidade da obrigação, hipótese em que o vício de incapacidade estender-se-á a toda a obrigação estipulada, acarretando a anulabilidade de todo o negócio entabulado.³⁰³

Outra forma de proteção conferida ao incapaz encontra-se no art. 119 e seu parágrafo único, e refere-se à hipótese de negócio concluído pelo representante em conflito de interesse com o representado, declarando o *Codex* ser anulável o negócio se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com ele tratou, estabelecendo-se prazo decadencial de 180 dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, para pleitear-se a anulação. Como lembra Nestor Duarte,³⁰⁴ a lei não distingue nesta seara interesse jurídico daquele meramente de fato, bastando colidência de interesses, podendo um e outro ser questionado pelo representado, não exigindo a lei demonstração de prejuízo a este, e por outro lado, quando se tratar de representação legal, a vedação de negócio realizado com conflito de interesses entre representante e representado é contornada com a nomeação de curador especial, por força do art. 72, I, do Código de Processo Civil.

Na sequência, encontramos no diploma substantivo vigente o art. 166, I, verdadeiro farol na teoria das invalidades, o qual preceitua ser nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz. O negócio assim realizado não produz qualquer efeito pois ofende a ordem jurídica. Não é tal negócio suscetível de confirmação e nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169). Trata-se de nulidade absoluta, diversa da nulidade relativa, pois esta, na medida em que interessa basicamente à ordem privada, produz efeitos até que algum

³⁰² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. p. 32, 34 e 43. Confira-se ainda: DUARTE, Nestor. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 12. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2018. p. 84-5. Aduz o autor que é imprescindível a todo negócio, embora a lei não o haja mencionado, a manifestação da vontade, sendo igualmente imprescindível a capacidade do agente, pois, se absolutamente incapaz, acarretará a nulidade absoluta (arts. 166 e 167) e, se relativamente incapaz, a nulidade relativa (art. 171, I), mas isso não significa que os incapazes não podem realizar negócio jurídico; poderão fazê-lo, representados ou assistidos (arts. 115 e segs.). Conforme leciona o autor, se confunde, porém, capacidade com legitimação, porque, para certos negócios, além daquela, o sujeito deverá preencher algum requisito especial, como a outorga uxória na venda de bens imóveis (art. 1.647), ou não incorrer em impedimento (art. 497).

³⁰³ LOTUFO, Renan. Código civil comentado. v. 1. p. 674.

³⁰⁴ DUARTE, Nestor. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 12. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2018. p. 92.

interessado promova sua anulação nos termos dos arts. 177 do *Codex*. Ainda preleciona Nestor Duarte, ao comentar referido dispositivo, ser difícil a questão quando se trata de negócio realizado por incapaz que ainda não sofreu interdição, posto que, sendo interdito por incapacidade absoluta, inexistente dúvida, o negócio é nulo. Entretanto, aduz o autor, se o agente se acha em estado de regressão, sendo impossível ou dificultoso comprovar-se a deficiência mental, o negócio deve ser preservado, para proteção da boa-fé do outro contratante, e, por outro lado, sendo notória a insanidade, ou conhecida do outro contratante, será anulado o negócio, sintetizando o autor que antes da interdição presume-se a capacidade.³⁰⁵

O art. 171, I, do Código Civil, por sua vez, assevera que além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente. O ato anulável, como vimos, é aquele que possui um vício relativo a interesses pessoais das partes que integram o negócio jurídico, não agride a ordem pública. Trata-se de um grau de invalidade mais leve, mais fraco ou menos intenso, como se prefira caracterizá-lo.³⁰⁶ Assim, caso não observadas as regras da curatela, contidas no art. 1.767 e seguintes, para assistência dos relativamente incapazes, haverá anulabilidade do negócio encetado.³⁰⁷

A distinção entre nulidades (nulidade absoluta) e anulabilidades (nulidade relativa), apontam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria,³⁰⁸ pode ser assim disposta: i) a nulidade fundamenta-se em razões de ordem pública, enquanto a anulabilidade fundamenta-se em razões de ordem privada; ii) a nulidade pode ser declarada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, ou de qualquer interessado, enquanto a anulabilidade somente pode ser invocada por aquele a quem aproveita; iii) a nulidade não é suscetível de confirmação, enquanto a anulabilidade é suscetível de confirmação ou redução; iv) a nulidade não convalesce com o decurso do tempo, enquanto a anulabilidade possui prazo decadencial de quatro anos para ser alegada, tornando convalidado o negócio após tal prazo; v) a nulidade não produz efeitos, enquanto o negócio anulável produz efeitos enquanto não for anulado judicialmente; vi) a nulidade é reconhecida através de ação meramente declaratória, enquanto a anulabilidade é reconhecida através de ação desconstitutiva, sujeita a prazo

³⁰⁵ DUARTE, Nestor. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. p. 112. Na 15ª edição, de 2021, este texto foi suprimido dos comentários ao art. 166 do Código Civil, como se verifica à p. 116.

³⁰⁶ LOTUFO, Renan. Código civil comentado. v. 1. p. 1.116.

³⁰⁷ Quanto à distinção entre nulidade e anulabilidade, confira-se:

³⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. p. 1.328. Confira-se ainda, quanto às diferenças entre negócios nulos e anuláveis: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v. 1. p. 435. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 1. 2012. p. 838. Confira-se ainda, sobre o tema nulidade e anulabilidade: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 4. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. p. 1-266.

decadencial; vii) a nulidade admite conversão substancial (art. 170), enquanto a anulabilidade admite sanção pelas próprias partes.

Prosseguindo no conjunto protetivo, estabelece o Código Civil em seu art. 178, inciso III, o prazo de quatro anos de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado, quanto aos atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade, e, nas palavras de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda,³⁰⁹ nesse caso "o tempo encobre a invalidade". Trata-se, como vimos acima, de hipótese de nulidade relativa (anulabilidade). E o código atual corrigiu uma impropriedade que constava no diploma revogado (§ 9º, do art. 178), o qual inseria o prazo acima entre as hipótese de prescrição. Outra regra de proteção encontra-se no art. 181, o qual estatui que ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou ao um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga, texto idêntico àquele contido no art. 157 do Codex revogado, sendo que referida proteção ao incapaz encontra seu limite quando se estiver a adentrar no campo do enriquecimento sem causa, e uma vez tendo-se a anulação provocada pelo incapaz não pode, à evidência, enriquecer-se com base em negócio cuja anulação causou.³¹⁰

Originalmente o Código Civil de 2002 trouxe em seu primitivo art. 194 regra segundo a qual o juiz não poderia suprir de ofício a alegação de prescrição, salvo se esta favorecesse a pessoa absolutamente incapaz, dispositivo revogado pela Lei 11.280/2006, à vista do descompasso que causara na seara processual, vez que o Código de Processo Civil de 1973, no seu § 5º, do art. 219, estabelecia que não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderia, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato, independentemente de quem fosse beneficiado com tal reconhecimento, redação que foi posteriormente alterada com a Lei 11.280/2006, passando a prever que o juiz pronunciaria, de ofício, a prescrição, independentemente de quem seria favorecido com a decisão, regra que se manteve com o advento do Código de Processo Civil de 2015, até mesmo de maneira alargada, posto que o § 1º, do art. 332, ao tratar da improcedência liminar do pedido, estabelece que "o juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição", quando à vista dos elementos contidos com a petição inicial for possível dispensar a fase instrutória, regra que se complementa com o parágrafo único do art.

³⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 4. 1974. p. 261.

³¹⁰ LOTUFO, Renan. Código civil comentado. v. 1. p. 1.151.

487 do diploma processual, sendo decorrência da busca de efetividade e do princípio da economia processual.³¹¹

Ainda no campo da prescrição, estatui o 197, inciso III, que não corre prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. No caso de deficiência psíquica, mental ou intelectual que tenha sido objeto de medida judicial com vistas à proteção dos que padecem de incapacidade, absoluta ou relativa, estar-se-á diante de impedimento da ocorrência da prescrição entre representante e representado, ou entre assistente e assistido enquanto persistir o *munus*. Em outras palavras, não terá início qualquer prazo prescricional nessas circunstâncias. Por sua vez, assevera o art. 198, inciso I, do Código Civil de 2002, que não corre prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, e que, como vimos acima, diz respeito aos absolutamente incapazes, como forma de protegê-los de maneira ampla, posto que tais pessoas, em razão do elevado grau de incapacidade, poderiam padecer com a diligência na defesa e na segurança de seus interesses. Assim, não corre prescrição contra os absolutamente incapazes. O prazo prescricional, portanto, somente passa ter sua fluência quando e se encerrada a incapacidade geradora da proteção legal. A incapacidade absoluta, nesse caso, é causa impeditiva da prescrição. Observa Pontes de Miranda, comentando em seu tratado correspondente dispositivo no Código anterior, que "contra a pretensão que nasceu depois da incapacidade absoluta, ou que resulta de direito que se transmitiu ao absolutamente incapaz, não começa de correr o prazo; contra a pretensão que

³¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 310-1. MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 409. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 965-70. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 63. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2022. p. 658. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de processo civil anotado. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 458-60. Nelson Nery e Rosa Nery entendem ser inconstitucional a improcedência liminar do pedido no novo Código de Processo Civil – assim como entendiam ser inconstitucional o art. 285-A do diploma revogado – por violação aos princípios constitucionais, pois o autor da ação judicial tem direito de ver efetivada a citação do réu. Humberto Theodoro Júnior expõe sua contrariedade à improcedência liminar do pedido ao entendimento de que "nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição. Não se trata de uma questão apenas de direito, como é a decadência, que se afere por meio de um simples cálculo do tempo ocorrido após o nascimento do direito potestativo de duração predeterminada. A prescrição não opera *ipso iure*; envolve necessariamente fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, cuja presença ou ausência são decisivas para a configuração da causa extintiva da pretensão do credor insatisfeito. Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente, sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto".

nascera à pessoa, antes de se tornar absolutamente incapaz, suspende-se o curso do tempo: o que correu está corrido; continuará de correr quando cessar a incapacidade absoluta".³¹²

Tal qual o código revogado, estabelece o art. 228, II, do Código Civil de 2002, que não podem ser admitidos como testemunhas aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil, sendo medida conferidora de segurança jurídica aos atores dos fatos, atos e negócios jurídicos, mas também, por via oblíqua ou indireta, medida protetiva aos incapazes.

O Código vigente, em seu art. 310, dispõe que "não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu", mantendo-se a regra contida no art. 936 do diploma anterior. Giovanni Ettore Nanni,³¹³ ao comentar referido dispositivo, assevera que "[a] incapacidade envolve um rol de normas protetivas, com o fíto de se evitar que o incapaz seja lesado e/ou prejudicado. Quando o credor é incapaz, por idade ou pela ausência de discernimento para praticar negócios jurídicos, o pagamento não deve ser efetuado a ele, mas sim ao seu representante legal", afirmando o autor incidir a regra em qualquer espécie de incapacidade. Conforme adverte Pontes de Miranda,³¹⁴ o pagamento ao absolutamente ou relativamente incapaz pode ser eficaz se o devedor (*solvens*) sabe que o credor (*accipiens*) é absolutamente ou relativamente incapaz, mas pode provar que tal pagamento reverteu em benefício dele, ou seja, se o devedor, inconscientemente, pagou a quem era incapaz, o que somente pode ocorrer em se tratando de pessoa não interdita, pois o registro da interdição a torna pública e nesse caso o pagamento é eficaz, conquanto não tenha aproveitado ao credor incapaz. Trata-se de exclusão de eficácia do ato-fato jurídico (pagamento) caso ciente o agente da incapacidade, se o incapaz não se aproveitou do pagamento. A incapacidade nestes casos deve ser aquela facilmente reconhecível pelo devedor solvente.

³¹² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 6. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. p. 186. Conforme aduz o autor, a prescrição atinge a ação, encobrando também a eficácia da pretensão, embora não a extinga, agindo como limite temporal à eficácia das pretensões e ações. Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência parece-nos haver uma distorção considerável, pois passa a correr prescrição contra os incapazes mentais (credor-devedor), mas internamente, continua sem correr prescrição em relação ao incapaz e seu representante/assistente durante tutela/curatela.

³¹³ NANNI, Giovanni Ettore. Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo. Giovanni Ettore Nanni (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 304.

³¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 24. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1971. p. 103-7.

Ainda na seara das obrigações estabelece o art. 335, III, do *Codex*, a consignação do pagamento manejada pelo devedor como forma de liberação da obrigação se o credor for incapaz de receber, e o vocábulo *incapaz* contido do referido dispositivo tem ampla dimensão, a incluir mesmo a incapacidade jurídica verificada naqueles acometidos de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual, que não possuam representante legal, ou inobstante haja representante legal, este é desconhecido do devedor ou reside em lugar incerto, de acesso difícil ou perigoso.³¹⁵

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre o contrato com pessoa a declarar, inexistente no diploma revogado, no qual se admite cláusula *pro amico eligendo* ou *pro amico electo*, assevera em seu art. 471 que se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários. Discorrendo sobre o tema, leciona Fábio Ulhoa Coelho que raramente se concorda em contratar com pessoa a declarar pois o conhecimento do contratante é a base de qualquer relação de confiança, necessário ao bom andamento das negociações e à execução do contrato.³¹⁶ Mas se tal contrato chegar a ser celebrado, caso seja incapaz a pessoa indicada o contratante originário permanece na relação contratual. Trata-se o respectivo contrato de exceção ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, e o legislador visou proteger o incapaz impedindo-o de assumir ou adquirir a posição contratual decorrente da sua nomeação.

Outra medida protetiva é aquela contida no art. 543, do Código vigente, segundo a qual "se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura", existindo nessa hipótese, conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira,³¹⁷ capacidade passiva por exceção, justificada pelo caráter benéfico do ato. O art. 1.170 da codificação revogada não possuía a clareza e abrangência com que se apresenta o diploma atual. Afirma o autor tratar-se de consentimento *ficto* do incapaz, ou de *ficção de consentimento*, ou ainda, *aceitação ficta*, a qual dispensa manifestação de vontade mas que produz os efeitos de um consentimento efetivo, tal qual se daria se o donatário fosse capaz e emitisse uma declaração volitiva, mas diante da expressa redação de dispensa da aceitação

³¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 24. 1971. p. 229.

³¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: contratos. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 362. Confira-se ainda: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 193.

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. v. 3. 24. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 218-9.

mostra-se difícil sustentar, neste caso, a existência de consentimento ficto ou tácito, parecendo-nos mesmo tratar-se de contrato sem consentimento do donatário.

A inovação contida no art. 543 do Código Civil de 2002, e que tornou muito mais favorável a regra aos absolutamente incapazes, diz respeito justamente à dispensa de aceitação, ou seja, sequer fala-se hoje em aceitação tácita, conforme aponta Nelson Rosenvald;³¹⁸ não se trata de aceitação presumida ou ficta do incapaz quanto à doação pura, a qual simplesmente se aperfeiçoa com a tradição do bem ao incapaz e com o registro da escritura de doação do bem imóvel, sem a participação do absolutamente incapaz e de seu representante legal, deixando o consentimento do incapaz de ser elemento integrativo do contrato. E aqui vale ressaltar o disposto no art. 108 da atual codificação, o qual determina que para a validade do negócio jurídico sua realização mediante escritura pública quanto ao direito real sobre imóvel caso este possua valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país, cumprindo lembrar que a lei fala em maior salário mínimo vigente no País, e temos o salário mínimo estadual, cujo valor, em alguns Estados da Federação, costuma ser maior do que o nacional.

Ainda na senda contratual, estatui o art. 641 do Código em vigor que "[s]e o depositário se tornar incapaz, a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente restituir a coisa depositada e, não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolhê-la-á ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário", redação idêntica àquela encontrada no art. 1.276, da codificação anterior. Aqui está-se diante de incapacidade superveniente do depositário, conforme expresso no dispositivo legal, e tendo-se em mente o fato de ser *intuitu personae* o depósito voluntário. Comentando a regra contida no anterior *Codex*, que se aplica inteiramente ao Código Civil de 2002, afirma Pontes de Miranda que se o depositante é incapaz e a incapacidade é absoluta, o contrato de depósito é nulo, e, por outro lado, se for relativamente incapaz o depositante tem que ser decretada a anulação, podendo ser pedida a restituição do bem, mesmo se houver termo em favor do depositário, ou houver a restituição, se o termo foi a favor do depositante, e, proposta a ação poderá o juiz de desde logo deferir o depósito judicial até que se profira a sentença, sendo o depositário responsável enquanto não houver restituição da coisa ou não depositá-la judicialmente, e nesse caso, anulado o contrato de depósito, o depositante incapaz não é

³¹⁸ ROSENVALD, Nelson. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 15. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2021. p. 558.

vinculado à prestação que teria que pagar ao depositário, salvo as despesas para conservação da coisa. Uma vez nulo o contrato por incapacidade absoluta do depositante, o depositário que recebeu a coisa de boa-fé e o tivera sob sua guarda tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como das voluptuárias, podendo quanto a estas, caso não pagas, levantá-las desde que possível sem danos à coisa, e quanto àquelas, exercer o direito de retenção pelo valor das respectivas benfeitorias, conforme dispõe o art. 1.218 do diploma civil vigente. E caso houvera com má-fé o depositário, somente tem direito à indenização pelas benfeitorias necessárias, sem direito à retenção, estando impedido de levantamento das benfeitorias voluptuárias, a teor do art. 1.220 do Código.³¹⁹

Ocorre, todavia, que o retro mencionado art. 641 refere-se ao depositário incapaz, e se a incapacidade é absoluta está-se diante da nulidade do contrato de depósito, ou, se a incapacidade é relativa, está-se diante de anulabilidade. A incapacidade relativa, aduz o autor, pode ser ao tempo da conclusão do contrato de depósito e da entrega do bem para custódia, ou pode sobrevir à entrega do bem, havendo em princípio, anulabilidade. Quer na hipótese de contrato de depósito nulo, ou mesmo anulável por incapacidade do depositante há pretensão à imediata restituição. De outro lado, se o depositário incapaz alienou o bem, tem de prestar ao depositante o que reverteu em seu proveito (art. 181). Se o depositário incapaz exerceu seu mister, que se supunha existir, conservando o bem e até mesmo fazendo despesas com a conservação da coisa depositada, tem pretensão à restituição e ao reembolso. No caso do art. 641, se o depositário que se tornou incapaz era depositário em virtude de ato de profissão e houve sucessão no estabelecimento ou no escritório, mesmo em se tratando de incapacidade absoluta, o sucessor pode assumir a posição jurídica de depositário, cabendo ao depositante denunciar, ou não, o respectivo contrato de depósito.³²⁰ Conforme preleciona Nelson Rosenvald,³²¹ inexistente no ordenamento jurídico a figura da *invalidade superveniente*, uma vez que a validade do negócio jurídico é aferida quando de sua origem, e a perda da capacidade do depositário acarreta a resolução do negócio jurídico, e gera ineficácia superveniente do negócio jurídico, pouco importando o grau de incapacidade. Faz-se necessário neste caso a ação de interdição, na qual será nomeado curador, que restituirá a coisa diante do caráter personalíssimo do contrato, podendo até mesmo, diante de eventual recusa do depositante no recebimento, consignar em juízo, com recolhimento da coisa ao depósito público ou

³¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 42. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1972. p. 332-3.

³²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 42. 1972. p. 332-3.

³²¹ ROSENVALD, Nelson. Código civil comentado. p. 627.

nomeação judicial de depositário. O art. 641, todavia, parece ser muito mais aplicável quando se estiver diante de depositário individual, pois com o advento do Código Civil de 2002, e a incorporação dentro de si do direito de empresa, passou-se a permitir a continuidade da atividade empresarial mesmo nas hipóteses de incapacidade superveniente do empresário, conforme se extrai do art. 974, pelo qual "[p]oderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança".³²²

Outra regra com referência ao tema objeto deste estudo encontra-se no art. 799 do *Codex*, pelo qual "[o] segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem." Com efeito, na expressão *incapacidade* contida neste dispositivo está abrangida aquela de natureza psíquica, mental ou intelectual.

Também relativa aos incapazes é a regra contida no art. 824, o qual estatui que "[a]s obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor", ou seja, quando a invalidade da obrigação principal resultar da incapacidade da pessoa do devedor a fiança subsistirá, conquanto invalidada a obrigação principal, e, conforme ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy,³²³ não pode o fiador se escusar a pretexto de que é inválida a obrigação principal, uma vez que o fiador, conforme aponta Clóvis Bevilacqua, é o garantidor perante o credor contra os riscos da incapacidade do

³²² WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito de empresa*. v. 8. Com a colaboração de Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald. São Paulo: Saraiva. 2012. Sobre a capacidade para ser empresário, confira-se o capítulo 2.

³²³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 15. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2021. p. 792. Veja-se o que o autor comenta sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015): "Outra questão é a superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) e a cogitação sobre se, diante de seu art. 6º e da alteração dos arts. 3º e 4º do CC, não haveria redução do âmbito de incidência do preceito em comento desde que a deficiência *se* assenta não afetar a capacidade, no caso, do devedor. Vale, todavia, a anotação que, a respeito, se faz no art. 826, adiante (*v.* ainda comentários aos arts. 814 e 928), no sentido de que o referido art. 6º deve ser compreendido em consonância com seus próprios incisos e com o art. 85, assim para garantir a quem padeça de qualquer impedimento mental ou intelectual (art. 2º) a plena autonomia, nos limites da deficiência, para a prática de atos existenciais, preservados, porém, os efeitos comuns protetivos no campo econômico patrimonial. Veja-se que, mesmo diante da alteração dos arts. 3º e 4º do CC, mantida a curatela a quem não possa exprimir sua vontade, conferida legitimidade ao Ministério Público para requerê-la justo nos casos, entre outros, de deficiência mental ou intelectual {arts. 1.767 e 1.769 e abstraída o debate sobre a superveniência do art. 748 do novo CPC, sobre o que se remete o leitor aos comentários aos preceitos citados), cabendo ao juiz definir os seus limites, segundo as potencialidades do curatelado, circunscritos bem aos atos patrimoniais do art. 1.782 (art. 1.772), considera-se de manter hígido o sistema protetivo em favor daqueles que não apresentem pleno discernimento. a despeito de não se os reputarem incapazes, propriamente, todavia, insista-se, ainda sujeitos a providências tutelares ou assecuratórias, em particular no campo das situações jurídicas patrimoniais."

devedor.³²⁴ E, ainda tratando-se de contrato fiança, determina o art. 826 que "[s]e o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído".³²⁵ E o art. 837, por sua vez, estabelece que "[o] fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor".

³²⁴ BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 4. p. 249-50.

³²⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Código civil comentado. p. 794. Veja-se o que o autor comenta sobre o Estatuto da Pessoa Com Deficiência (Lei 13.146/2015): " Na mesma senda da disposição do artigo antecedente, isto é, atentando-se à necessidade de que a fiança seja e permaneça íntegra, suficiente a desempenhar seu papel de garantia de uma obrigação principal, prevê a lei que pode o credor exigir a substituição do fiador quando ele já não se mostrar apto a cumprir essa função. Assim que, de maneira geral, poderá ser exigido novo fiador quando o anterior tiver caído em insolvência ou se tornado incapaz. Tudo porque, repita-se, nesses casos, terá a fiança perdido sua aptidão à mais efetiva garantia do débito. Destarte, o que se considera aplicável mesmo diante da superveniência do art. 6º do chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), que alterou os arts. 3º e 4º do CC, mas a ser compreendido em consonância com seus próprios incisos e com o art. 85, assim no sentido de garantir, a quem padeça de qualquer impedimento mental ou intelectual (art. 2º) a plena autonomia, nos limites da deficiência, para a prática de atos existenciais, preservados, porém, os efeitos comuns protetivos no campo econômico patrimonial e, assim, a situação de comprometimento da higidez da fiança caso o fiador venha a se encontrar de algum modo com seu discernimento afetado. Veja-se que, mesmo diante da alteração dos arts. 3º e 4º do CC, mantida a curatela a quem não possa exprimir sua vontade, conferida legitimidade ao Ministério Público para requerê-la justo nos casos, entre outros, de deficiência mental ou intelectual (arts. 1.767 e 1.769 e abstraída o debate sobre a superveniência do art. 748 do novo CPC, sobre o que se remete o leitor aos comentários aos preceitos citados), cabendo ao juiz definir os seus limites, segundo as potencialidades do curatelado, circunscritos bem aos atos patrimoniais do a. t. 1.782 (art. 1.772), considera-se de manter hígido o sistema protetivo em favor daqueles que não apresentem pleno discernimento, a despeito de não se os reputarem incapazes, propriamente, todavia, insista-se, ainda sujeitos a providências tutelares ou assecuratórias, em particular no campo das situações jurídicas patrimoniais, portanto a justificar pleito do credor a que se substitua o fiador nestas condições."

6 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS DISFUNÇÕES DA CAPACIDADE CIVIL

6.1 O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência

O advento da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual instituiu a chamada *Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência*, também autodenominada, *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, trouxe avivados debates em todo o país,³²⁶ quanto ao que nos parece ter sido uma

³²⁶ Confira-se, por exemplo: ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte, MG: IBDFAM. 2016. p. 505-14; ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>>. Acesso em 09 fev. 2021. MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coords.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017. FARIAS, Christiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. FIUZA, César (org.). SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coords.). Temas relevantes sobre o estatuto da pessoa com deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (coords.). Estatuto da pessoa com deficiência: comentários à lei 13.146/2015. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. O casamento da pessoa com deficiência: o estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coords.). Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2016. LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da pessoa com deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2018. LARA, Mariana Alves. A teoria das incapacidades no direito brasileiro: por uma reformulação. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017. LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência (lei federal n. 13.146/2015): reflexo patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte I e II). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> e <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em 13 out. 2017. MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. In: Revista civilística. ano 4. n. 1. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em 8 out. 2017. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: Revista Pensar. v. 21. n. 2. p. 568-99. maio/ago 2016. KÜMPFEL, Victor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção

das maiores alterações no direito civil de que se tem notícia na era moderna, com o que houve, nas palavras de Flávio Tartuce,³²⁷ uma verdadeira *revolução na teoria das incapacidades*, ou seja, a reconfiguração – ou desconstrução – do sistema das incapacidades, alterando os fundamentos da capacidade civil, esta que, nas palavras de Rosa Maria de Andrade Nery,³²⁸ é a espinha dorsal do direito privado. Não se olvida o mérito da legislação relativamente a outras espécies de deficiência, vez que, conforme apontamos anteriormente, importa-nos tão somente o estudo quanto aos portadores de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual.

Com as novidades trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no plano educacional,³²⁹ houve propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ADI 5.357 – DF perante o Supremo Tribunal Federal em face do art. 28, § 1º, e art. 30, *caput*, ao entendimento de prejuízo às instituições privadas de ensino, havendo o Plenário daquela Corte, julgado improcedente a ação, afirmando a constitucionalidade dispositivos questionados daquela lei especial.³³⁰

aos deficientes. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/225012/a-destruicao-da-teoria-das-incapacidades-e-o-fim-da-protecao-aos-deficientes>>. Acesso em: 15 nov. 2021. KÜMPEL, Victor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. As aberrações da lei 13.146/2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/224905/as-aberracoes-da-lei-13-146-2015>>. Acesso em 15 nov. 2021. TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: Revista pensamento jurídico. São Paulo. vol. 10. n. 2. jul./dez. 2016. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. In: Revista civilística. ano 5. n. 1. 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com>>. Acesso em 13 out. 2017. CORREIA, Atalá. Estatuto da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em 15 nov. 2015.

³²⁷ TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. v. 1. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense. 2021. p. 154. Para o autor, "[t]odas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a *dignidade-liberdade*, deixa-se de lado a *dignidade-vulnerabilidade*."

³²⁸ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD): notícia do novo sistema brasileiro. In: Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB). Ano 2 (2016) n. 1. p. 1541-61. Confira-se ainda: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de direito civil. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 465-480.

³²⁹ Sobre a evolução da educação das pessoas com deficiências, confira-se: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O direito à educação da criança e adolescente com deficiência. In: Os direitos civis da pessoa com deficiência. Coord. Eduardo Tomasevicius Filho. 1. ed. São Paulo: Almedina. 2021. p. 107-36.

³³⁰ Considerando, em linhas gerais, a imposição, pela nova lei, de atendimento de alunos portadores de deficiência pelas instituições privadas de ensino, com necessárias medidas de adaptação estrutural e humana, acarretando significativo aumento nos custos, e ainda, em razão de estabelecer o § 1º do art. 28 do estatuto ser "vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações", a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, representando por volta de 42 mil estabelecimentos de ensino, propôs a ADI 5.357 – DF, da qual foi relator o eminente Min. Edson Fachin. Indeferida, pelo relator, a medida cautelar para suspensão de efeitos dos dispositivos atacados, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram converter o julgamento do referendo da cautelar em julgamento de mérito, e por maioria, o Plenário julgou improcedente a ação em

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assevera em seu art. 6º que "[a] deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas", o que já demonstra o alcance da alteração pretendida pelo legislador.

De outro lado, segundo dispôs o *caput* do art. 84 do referido estatuto, "[a] pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas", estabelecendo o § 2º ser facultado à pessoa com deficiência a tomada de decisão apoiada, trazendo os demais parágrafos, bem como o art. 85, inúmeras mudanças no direito relativamente ao instituto da curatela,³³¹ sendo que o *caput*

09.06.2016, DJe 11.11.2016, com trânsito em julgado em 28.03.2017, e, por conseguinte, restou afirmada a constitucionalidade da norma combatida. Em seu voto, interessante observação fez o Min. Gilmar Mendes, no sentido de que "a opção que o legislador faz acaba sendo uma opção, também, por aquilo que a doutrina chama de *legislação simbólica*, porque, ao fim e ao cabo, não se realiza, não se efetiva". No julgamento ficou vencido o Min. Marco Aurélio, que acolhia parcialmente a ação, ao entendimento de inconstitucional a interpretação que leve a ter-se como obrigatórias as múltiplas providências impostas pelos arts. 28 e 30 do estatuto às escolas privadas. É este o teor da ementa: "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estepefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade."

³³¹ Confira-se: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo. Giovanni Ettore Nanni (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 1326 e seguintes.

deste dispositivo asseverou que "[a] curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial", enquanto o § 1º consignou que "[a] definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto". O art. 116 da Lei 13.146/2015 acrescentou ao Código Civil o art. 1.783-A, criando no direito brasileiro a figura da tomada de decisão apoiada.

E a fim de alcançar a *igualdade* entre pessoas com deficiência mental, psíquica ou intelectual, com aquelas que o direito chamava até então de *capazes*, o art. 114 do estatuto conferiu nova redação aos arts. 3º e 4º, do Código Civil, com o que o art. 3º do *Codex*, tendo revogado todos os seus incisos, passou e consignar simplesmente que "[s]ão absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos", e, por outro lado, o art. 4º da codificação civil, em sua nova redação, passou a estabelecer que "[s]ão incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os prodígios", dispondo o parágrafo único que "[a] capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial", tema reservado à Lei 6.001/1973, que instituiu o Estatuto do Índio, e encontra amparo nos arts. 231 e 232 da Constituição.

As mudanças acima já se mostraram deveras significativas, com reflexos que muito provavelmente não tenha o legislador a eles se atinado. Em um descompasso legislativo como poucas vezes se assistiu no Parlamento brasileiro, e que desnudou a ausência de sintonia na tramitação dos projetos de lei que afetam o tema em apreço, três meses antes da promulgação da Lei 13.146/2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência –, cujo art. 127 estabeleceu *vacatio legis* de 180 dias, entrando em vigor em 3 de janeiro de 2016, adveio o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano, a teor do disposto no art. 1.045, com o que entrou em vigor em 18 de março de 2016,³³² causando revogação de dispositivos que o estatuto havia recém alterado no Código Civil, sobretudo no capítulo relativo à curatela (art. 1.767 e seguintes).

³³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil. p. 2.308. Os autores, ao comentarem o art. 1.045, discorrem sobre a forma de cálculo.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior,³³³ ao tratar do tema, observa que "[a] opção legislativa, que é objeto de acalorado debate doutrinário, deu maior peso à autonomia dos sujeitos e reduziu o âmbito de proteção estatal para os incapazes em sua formulação clássica". Graves disfunções da capacidade civil foram causadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou "Estatuto do Retrocesso" por ter abandonado "a ligação umbilical entre capacidade e discernimento",³³⁴ gerando enorme desproteção àqueles a quem pretendeu proteger, extirpando do sistema jurídico inúmeras regras protetivas construídas ao longo das décadas – ou mesmo dos séculos –, simplesmente por entender como discriminatório o tratamento até então conferido às pessoas portadoras de incapacidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual, parecendo-nos, por vezes, que a questão ultrapassa a mera disfunção para flertar com uma *quase* inconstitucionalidade,³³⁵ decorrente da violação ao princípio do não retrocesso social, à vista das inúmeras regras de proteção contidas no Código Civil, mas não somente nele, que decaem ou desaparecem com o novo estatuto, embora tenham sua razão e fundamento justamente na proteção aos incapazes enquanto tais, e, ausente a incapacidade, conquanto por decreto, deixam de ter aplicação. É o que ocorre, por exemplo, com a regra de não fluência da prescrição (art. 198, I), como observa Nestor Duarte,³³⁶ ao comentar a nova redação do art. 3º do *Codex*, sendo este um tema espinhoso que necessita enfrentamento e

³³³ RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. Direito civil: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2019. p. 102. Confirma-se, ainda, os capítulos 9 a 11, nos quais o autor enfrenta a questão da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais.

³³⁴ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil da pessoa com deficiência: o estatuto do retrocesso em termos civis. p. 429.

³³⁵ Confira-se a nota introdutória e a correspondente nota de rodapé em que elencamos diversas decisões de primeira instância que declararam incidentalmente a inconstitucionalidade parcial do art. 114, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e decretaram a completa interdição, vez que reconhecida a incapacidade absoluta, embora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha havido reforma em grau de apelação com reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo retro mencionado e afastamento do decreto de absoluta incapacidade, reconhecendo-a na modalidade relativa. Cumpre observar, todavia, que pelo menos em um dos casos pesquisados por este candidato o Tribunal, ao julgar apelo do Ministério Público em ação de interdição movida pelos pais do interdidando, manteve por votação unânime a sentença que reconhecera incapacidade absoluta sem, contudo, afastar a declaração incidental de inconstitucionalidade, como se verifica na Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565, sendo esta a ementa: "INTERDIÇÃO. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) criou um microsistema protetivo destinado aos deficientes, nos termos de seu art. 2º. A despeito das modificações trazidas quanto à capacidade da pessoa natural, subsiste o instituto da curatela, a propósito, o art. 84, § 1º, da EPD e os artigos 1.767 e seguintes do Código de Processo Civil. Na hipótese, persiste a causa que impede o autor de exprimir sua vontade, sendo inexorável a improcedência do recurso. Adotado parecer do MP. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo." (5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Fábio Podestá, votação unânime, j. 27.6.2017, DJe 7.7.2017.) E, em cumprimento ao V. Acórdão transitado em julgado em 31/07/2017, constou no Mandado de Registro de Interdição ao cartório de registro civil das pessoas naturais, quanto aos "[l]imites da Curatela: absoluta e totalmente incapaz para os atos da vida civil", consignando como causa da interdição "Retardo mental moderado (F71) e Síndrome de Down (Q90)". Referido mandado encontra-se às fls. 168 dos autos.

³³⁶ DUARTE, Nestor. Código civil comentado. 2018. p. 20.

correção. Fernando Rodrigues Martins,³³⁷ igualmente, aponta os aspectos negativos causados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no sistema de incapacidades.

Outras disfunções dizem respeito aos atos que exigem manifestação da vontade, posto que, conforme leciona Louis Josserand,³³⁸ um *alienado* não pode emitir uma vontade livre e consciente, refletida.

Uma vez que o parágrafo único, do art. 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, afirma possuir sua base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, parece adequado analisarmos o estatuto a partir do diploma internacional.

6.2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Dentre as inúmeras convenções internacionais que tiveram nascedouro na Organização das Nações Unidas, e que encontram-se depositadas junto ao Secretário-Geral daquela entidade,³³⁹ talvez a que mais tenha impactado o direito brasileiro nos últimos tempos tenha sido a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, inserida entre os tratados relativos aos direitos humanos, sendo o primeiro dessa espécie no século XXI.³⁴⁰

Com efeito, a citada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada, mediante Resolução (A/RES/61/106) pela Assembleia Geral em sua 61ª Sessão,³⁴¹ em 13 de dezembro de 2006, tendo sido aberta para assinatura em 30 de março de 2007, na cidade de Nova Iorque, necessitando de vinte ratificações ou adesões de estados membros para vigorar, a teor do disposto no seu art. 45. O primeiro país a aderir e ratificar referida Convenção foi a Jamaica, naquela mesma data, sendo que o vigésimo país foi o Equador, que, embora tenha firmado sua adesão ao referido instrumento em 30 de março de 2007, somente

³³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo. Giovanni Ettore Nanni (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 47.

³³⁸ JOSSERAND, Louis. Cours de droit civil positif français. v. 1. p. 95.

³³⁹ Para análise dos inúmeros tratados multilaterais, sobre os mais variados temas, depositados junto ao Secretário-Geral da ONU, consulte-se: <https://treaties.un.org/Pages/CTCs.aspx?clang=_en>.

³⁴⁰ A relação dos tratados multilaterais sobre direitos humanos depositados junto ao Secretário-Geral da ONU pode ser conferida em: <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&clang=_en>.

³⁴¹ Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_61_106-E.pdf>.

em 3 de abril de 2008 ratificou-o, com o que atingiu-se número suficiente para a entrada em vigor da Convenção, o que ocorreu em 3 de maio de 2008, trinta dias após o depósito da ratificação equatoriana.³⁴²

O Brasil firmou referida Convenção, bem como seu Protocolo Facultativo, no primeiro dia de abertura para adesão, ou seja, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional brasileiro aprovou, ou seja, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo através do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, seguindo o rito procedimental estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, tendo-os promulgado pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009,³⁴³ publicado no Diário Oficial da União em 26 de agosto de 2009,³⁴⁴ data de início de sua vigência no plano interno, constando na Organização das Nações Unidas o depósito de ratificação em 1 de agosto de 2008, com o que no plano externo a vigência da Convenção relativamente ao Estado brasileiro ocorreu trinta dias após aquela data, ou seja, em 31 de agosto de 2008.

De acordo com o § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, "[o]s tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Com isso, uma vez obedecido tal procedimento quanto à internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, tem-se que possui ela estatura de emenda constitucional, sendo o primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo mencionado, rito esse que André Ramos Tavares denomina *processo qualificado de aprovação*,³⁴⁵ possuindo referida Convenção

³⁴² A lista dos países signatários da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como a lista dos países cuja adesão deu-se com ressalvas, pode ser vista em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en>. A lista dos países que firmaram o Protocolo Facultativo da referida convenção encontra-se em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=_en>.

³⁴³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>.

³⁴⁴ Diário Oficial da União, Ano CXLVI, Número 163, Seção 1, p. 3-9. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=26/08/2009&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=104>>.

³⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 422. O autor dedica o capítulo 15 da obra ao tema "a proteção internacional dos direitos humanos e sua constitucionalização", após haver dedicado o capítulo 14 ao tema da "evolução e teoria geral dos direitos humanos". Confira-se, ainda: A Constituição e o Supremo. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação. 2016. p. 362.

hierarquia interna equivalente à de emenda constitucional,³⁴⁶ ou, por outras palavras, possuindo *status* constitucional.³⁴⁷

Discorrendo sobre a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, André de Carvalho Ramos aponta que até 2006 havia uma impressionante lacuna relativamente à questão dos direitos das pessoas com deficiência em razão da inexistência de tratado universal, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, uma vez que havia vários diplomas normativos específicos não vinculantes sobre o tema, que compunham a chamada *soft law*, citando, por exemplo, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, o Programa Mundial de Ação para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 1993, a Resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério Americano e, finalmente, o Compromisso do Panamá com as Pessoas Portadoras de Deficiência no Continente Americano.³⁴⁸

Assim, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto 6.949/2009, declara no art. 1º seu propósito de "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades

³⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 277. O autor dedica a Parte III (p. 511 e ss.) de sua obra à análise do Brasil e os direitos humanos e aprofunda o estudo do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal e sua internalização no plano interno. Por outro lado, na Parte IV, dedica o capítulo 44, à p. 909 e ss., aos direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais, abordando o tratamento conferido pela Lei 13.146/2015.

³⁴⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 181-4 e 846. O autor descreve minuciosamente as fases para incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno e compara o tratamento jurídico em outros países. Leciona o autor, ao discorrer sobre os tratados internacionais e controle de legalidade, que "os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, § 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre ser interpretados com as limitações impostas constitucionalmente", e, ainda afirma o autor, "[n]a hipótese do § 3º, do art. 5º, pelo qual a EC no 45/04 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, plenamente possível ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade ou não do texto incorporado com *status* constitucional, desde que se verifique o respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição para a alteração do texto constitucional".

³⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. O autor discorre sobre a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo à p. 249-56, e, analisa os direitos das pessoas com deficiência e das pessoas com transtornos mentais à p. 860-73. Confirma-se ainda: RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. O autor, na Parte III, p. 303 e ss., aborda a questão do Brasil e o direito internacional dos direitos humanos.

fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente", e conceitua que "[p]essoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

O art. 3º da Convenção elenca os princípios gerais,³⁴⁹ e, tal qual constara no preâmbulo, entre eles encontra-se a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas. Por sua vez, o art. 12 da Convenção, que trata do reconhecimento igual perante a lei da pessoa com deficiência, estabelece em sua alínea 2 que "[o]s Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida".³⁵⁰ E mais adiante, em seu art. 17, afirma a Convenção que "[t]oda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas". Por sua vez, estatui o *caput* do art. 23 da Convenção que [o]s Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas", de modo a assegurar o reconhecimento do direito às pessoas com deficiência de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, reconhecimento do direito de planejamento familiar e reprodutor, conservação da fertilidade em igualdade de condições com as demais pessoas, manutenção de crianças com deficiência no seio familiar, auxílio da parentela à família de criança com deficiência sem meios de cuidado para com esta, bem

³⁴⁹ É esta a redação do art. 3º, da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que expõe os princípios gerais: "Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade."

³⁵⁰ Confira-se a respeito: LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 50. LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. v. 5. p. 207. Afirma o autor que desde o início da vigência da Convenção no direito brasileiro, em 2009, a pessoa com deficiência não mais se inclui entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos, pois a Convenção, nessa matéria, já tinha derogado o CC/2002, sendo que o EPD, explica o autor, tornou explícita essa derrogação ao estabelecer, em nova redação ao art. 3º do CC/2002, que são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, excluindo as pessoas "com enfermidade ou deficiência mental" e qualificando como relativamente incapazes os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (na redação originária do Código Civil, eram absolutamente incapazes). Portanto, segundo o autor, pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absoluta ou relativamente incapazes desde a internalização da Convenção no ordenamento brasileiro, em 2009.

como assegurar direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência relativos à guarda, custódia, curatela, adoção, e auxílio estatal para que pessoas com deficiências possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

A fim de assegurar a desejada igualdade entre as pessoas, independentemente de sua condição de enfermidade, deformidade ou vulnerabilidade, o art. 46 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em sua alínea primeira, estatui que "[n]ão serão permitidas reservas incompatíveis com o objeto e o propósito da presente Convenção", e, quanto às demais que não afetassem o objetivo da Convenção, estabeleceu a segunda alínea que "[a]s reservas poderão ser retiradas a qualquer momento". O assunto merece alguma reflexão, conquanto perfunctória. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, promulgada no Brasil através do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, esclarece em seu art. 2º, alínea primeira, letra "d", que "“reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado", sendo que os art. 19 a 23 regem a formulação de reservas por um Estado-parte, e de acordo com abalizada doutrina, geralmente proibidas em matéria de tratado de direitos humanos bem como em tratados referentes ao *jus cogens*.³⁵¹ Ainda que vedada a *reserva* quanto ao mérito e objeto de determinado tratado multilateral, não se veda, todavia, a emissão de *declarações interpretativas*, condicionando determinada parte do tratado a uma interpretação particular. É o que, em nosso sentir, haveria de emitir o Brasil com vistas a evitar a desconstrução da proteção contida no ordenamento jurídico pátrio quanto aos deficientes ou enfermos mentais, psíquicos e intelectuais, ou, por outras palavras, aos incapazes indicados no código civil pátrio.

6.3 Disfunções do sistema das incapacidades

³⁵¹ VARELLA, Marcelo D. Direito internacional público. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 78-82. Confira-se os ensinamentos do autor no capítulo 2, denominado "direito dos tratados", à p. 37 e ss. Confira-se ainda: MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. v. 1. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 235-41. O autor dedica o capítulo IX aos tratados como fonte do direito internacional público. BEVILAQUA, Clóvis. Direito público internacional. 2. ed. t. 2. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1939. p. 13-36. REZEK, Francisco. Direito internacional público. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 92-5.

O aparecimento da Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, surge, portanto, nesse contexto de irradiação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e culminou com a grave alteração da teoria das incapacidades como a conhecíamos, trazendo novo contorno à capacidade civil, espinha dorsal do direito privado, instituto definidor de todo o sistema de proteção legal construído ao longo dos séculos, o que acarreta graves entraves na aplicação do próprio direito, e demonstra que o corpo diplomático bem como os congressistas brasileiros não anteviram a real desproteção trazida aos deficientes ou enfermos psíquicos, mentais ou intelectuais contida nos diplomas retro mencionados, e transferidas tais desproteção para as demais normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Estabelece o *caput* do art. 2º do Estatuto que "[c]onsidera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas". Inserido no capítulo 2 da lei, denominado "igualdade e não discriminação", enuncia o art. 4º que "[t]oda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação", esclarecendo o § 1º que "[c]onsidera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas", percebendo-se a intenção do legislador de afastar qualquer medida geradora de distinção das pessoas às quais se destina a citada lei, e àquelas que a lei entendia, até então, como capazes.

Um das primeiras questões surgidas com o advento da desastrada mudança trazida pela Lei 13.146/2015 diz respeito aos efeitos quanto àqueles que, sob a égide da norma revogada, foram tidos por absoluta ou relativamente incapazes e postos sob curatela em regular ação de interdição perante o Juízo competente. E isso porque silente a lei nova quanto à eventual determinação de registro ou averbação do levantamento da interdição no livro respectivo do Cartório Civil das Pessoas Naturais das pessoas que estivessem sob interdição. Daí a pergunta: teria havido levantamento automático da interdição ou dependeria de nova provocação do poder judiciário para aplicação e reconhecimento da fictícia capacidade civil?

Seriam válidos atos e negócios jurídicos praticados pelo absolutamente incapaz após o advento do estatuto?

Paul Roubier,³⁵² em extenso estudo dedicado ao conflito de leis no tempo, ensina que os princípios gerais devem conduzir à admissão de que uma lei relativa aos efeitos da situação jurídica do incapaz deve ter um efeito imediato sobre todas as situações em curso. No mesmo sentido preleciona Carlo Francesco Gabba,³⁵³ segundo o qual tem aplicação imediata a lei que altera o estado pessoal e a capacidade das pessoas, tratando-se de um princípio ou *canone* geral. Assim, no caso da lei brasileira, houve imediato rompimento de todos os vínculos de curatela dos incapazes estabelecidos em processo judicial de interdição anteriormente à entrada em vigor da Lei 13.146/2015, com imediata e automática conferição de plena capacidade a todos aqueles que a ciência médica psiquiátrica havia declarado incapazes, com decreto judicial nesse sentido, posição que encontra eco na doutrina nacional.³⁵⁴ Ocorre, porém, a regra de que trata o mestre francês haverá de ser excepcionada no presente caso em razão do distúrbio social que causou sua aplicação, ao gerar

³⁵² ROUBIER, Paul. Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz et Sirey. 1960. p. 326.

³⁵³ GABBA, Carlo Francesco. Teoria della Relatività delle leggi. v. 2. p. 12. Segundo leciona o autor, estas leis retroativas, que alteram o estado e a capacidade das pessoas, fazem cessar imediatamente qualquer estado pessoal *desvantajoso* que não admitam (p. 16). Aduz o autor, todavia, haver doutrinadores que admitem a retroatividade da lei concernente à capacidade pessoal mas a negam quanto às leis concernentes ao estado das pessoas, em razão da distinção que fazem entre estado e capacidade. E mais adiante (p. 26), relata o autor que uma doutrina possuidora de muitos adeptos, especialmente na França, é aquela defensora da não retroatividade de lei sobre o estado pessoal que piorar a condição da pessoa. Este é, em nosso sentir, o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao extirpar do sistema das incapacidades a figura do absolutamente incapaz em decorrência de deficiência mental, intelectual ou psíquica, tratando-se de lei que piora o estado da pessoa e, pois, passível de não aplicação retroativa. O autor, todavia, defende imediata aplicação da lei, e, no que toca à *tutela* concedida aos maiores absolutamente incapazes por deficiência intelectual, assevera à p. 76: "Principio fondamentale del gius transitorio rispetto alla tutela è il seguente : le nuove leggi intorno alla tutela si applicano immediatamente alle tutele già aperte, e a tutte le persone esistenti le quali si trovano nelle condizioni contemplate dalla legge.", ou seja, para o autor, é princípio fundamental do direito transitório a respeito da tutela que a lei nova aplica-se imediatamente às tutelas já abertas e a todas as pessoas existentes as quais se encontram na condição contemplada pela lei. O autor, todavia, defende um acréscimo ao princípio transitório pessoal, no sentido de que a lei nova não terá aplicação imediata se tiver por efeito tornar menores pessoas que já atingiram a maioridade. O autor dicorre sobre a interdição, curatela e inabilitação a partir da p. 94, e na p. 96 e seguintes trata da lei que tenha abolido interdição em face das ações propostas anteriormente, ou de lei que coloque o incapaz em situação mas gravosa (de inabilitado para curatelado), afirmando nesse caso não se operar a retroatividade da lei, conforme vemos em suas palavras (p. 99): "[i]nvero noi non abbiamo mai detto, ed ora dobbiamo escludere che l'immediata efficacia delle leggi sullo stato personale si debba in ogni caso far consistere in una efficacia *ipso jure*".

³⁵⁴ Confira-se, por todos: TARTUCE, Flávio. Direito civil. v. 1. 2021. p. 154. SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte I). Conjur. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 13 out. 2017. Sintetiza o autor: "Todas as pessoas que foram interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário". Para referido autor há um *descompasso catastrófico* entre o estatuto e seus efeitos práticos.

automaticamente o levantamento de todas as interdições pretéritas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. A regra de que a lei que trata do estado (*status*) civil da pessoa natural aplica-se de imediato, neste caso, mostra-se mais desastrosa do que o próprio desastre causado pela lei especial. Aliás, observe-se que Paulo Lôbo, ao referir-se à lei, vai ainda mais longe na outorga de capacidade ao incapaz, ao defender que desde a internalização da Convenção Internacional da Pessoas com Deficiência, através do Decreto 6.949/2009, não há mais a figura da pessoa incapaz.

E esta é apenas uma das questões controvertidas que o estatuto gerou no ordenamento jurídico pátrio. A questão não é pacífica, e veja-se ainda alguns doutrinadores, como Francisco Amaral, defendendo a validade dos atos de pessoas sob curatela praticados posteriormente ao advento do estatuto, conquanto patente sua incapacidade.³⁵⁵

Na doutrina, José Fernando Simão sintetiza bem a disfunção causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, por ele alcunhado de "Estatuto de Retrocesso",³⁵⁶ vez que pretendeu conferir capacidade àqueles que dela privou a Natureza, como lemos:

"Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto do Retrocesso? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos que tenham deficiência? A mim, parece que nenhuma. As desvantagens do Estatuto do Retrocesso se avolumam e são graves aos que precisam de proteção legal."

Embora em nosso sentir a capacidade pretendida pela lei seja a mesma para toda e qualquer pessoa, esteja ou não em perfeito juízo, o que se mostra verdadeiro contrassenso,

³⁵⁵ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 336. Afirma o autor: "Cabe indagar-se, agora, qual a eficácia da lei nova quanto ao incapaz que foi interditado e ficou sob curatela na forma da lei antiga, isto é, os arts. 3º, II e 4º, II do Código Civil hoje revogados? Pode ele, hoje, sem a intervenção de seu curador, praticar validamente os atos jurídicos da vida civil? Será válido o ato jurídico praticado por pessoa doente ou com deficiência mental, julgada incapaz e sujeita a curatela na forma das disposições revogadas, mas agora considerada capaz segundo a nova lei, sem a interveniência de seu ainda curador? Considerando-se que a validade do ato depende da capacidade do agente no momento da prática do ato, sendo o agente agora capaz, o ato será válido, não obstante esteja o agente ainda sob curatela, que é, no caso, um mero instituto de proteção. É evidente, porém, que esta hipótese de fato poderá confrontar a segurança jurídica, valor fundamental do sistema de direito, pelo que caberá ao juiz decidir em face de caso concreto."

³⁵⁶ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil da pessoa com deficiência: o estatuto do retrocesso em termos civis. p. 429.

Paulo Lôbo leciona que "[a] capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil geral, nem com as hipóteses de incapacidades absoluta e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do CC/2002". Para o autor, são "duas modalidades de capacidade jurídica que transitam paralelamente, sem se confundirem: a capacidade civil geral, prevista no CC/2002, e a capacidade legal, prevista no EPD", de maneira que a pessoa com deficiência não é absolutamente incapaz nem relativamente incapaz, mas dotada de capacidade legal irrestrita para os atos jurídicos não patrimoniais e de capacidade legal restrita para os atos jurídicos patrimoniais, para os quais fica sujeita a curatela temporária e específica, sem interdição, ou a tomada de decisão apoiada.³⁵⁷

Na doutrina nacional já havia críticas quanto a ausência de adequada gradação da incapacidade psíquica, mental e intelectual.³⁵⁸ O legislador de 2015, todavia, preferiu extinguir a noção de incapacidade absoluta à proceder aprimoramento nos graus da incapacidade, e, o que se mostrou mais prejudicial, procurou igualar os desiguais no quesito da capacidade civil, como se verifica no art. 84 do estatuto, cuja interpretação literal, conforme lecionam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, "deve ser realizada com cuidado, a fim de que não se entenda o deficiente como plenamente capaz, podendo pôr em risco a sua higidez psicobiofísica e o resguardo do seu patrimônio".³⁵⁹

Nas palavras de Anderson Schreiber, embora enaltecendo a lei em comento por nela enxergar valente intervenção legislativa com a virtude de ter se proposto a revisitar de modo criativo um setor tradicionalmente intocável como o regime das incapacidades, "o Estatuto veio recheado de problemas técnicos", exemplificando o autor o fato de que pelo novel édito alterou-se a redação do art. 1.768 do Código Civil para admitir a autocuratela, mas deixou de promover alteração semelhante no art. 747 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), convertendo a alteração do art. 1.768 da codificação civil em letra natimorta.

³⁵⁷ LÔBO, Paulo. Direito civil. v. 5. 2021. p. 207. LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. v. 1. 2021. p. 51.

³⁵⁸ Confira-se: NINA RODRIGUES, Raymundo. O alienado no direito civil brasileiro. CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Incapacidade civil e restrições de direito. v. 1. Confira-se ainda o vol. 2, do autor, embora as maiores críticas quanto à falta de gradação estejam no vol. 1 da obra. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974. O autor, nos §§ 47 e seguintes (p. 153 e ss.) passa a discorrer sobre as "pessoas em geral", no § 48 (p. 155-6) trata de pessoa e capacidade, sobre a pessoa física discorre no § 49 (p. 157-60) sobre a capacidade de direito, a capacidade de obrar e outras espécies, no §§ 62 e 63 (p. 207-16) aborda fatos deficitantes da incapacidade decorrentes da capacidade psíquica.

³⁵⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 813.

Aduz o autor que o Estatuto causa, ainda, certa perplexidade em passagens relevantes, como na nova redação que reservou ao art. 4º do Código Civil, posto que ali foram convertidos em relativamente incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, personagens que até a entrada em vigor do Estatuto eram tidos como absolutamente incapazes. Como observa o autor, a alteração exigirá assistência, com participação do incapaz no ato, o que pode ser inviável em termos práticos, bastando se pensar na pessoa em estado comatoso, entre outros tantos exemplos. Daí que o estatuto trouxe inovação que, conquanto motivada para a proteção da pessoa com deficiência, foi mal desenhada ou pouco refletida, falhando na sistematização, sendo que os conceitos tradicionais do direito civil foram excepcionados de modo casuístico, sem uma efetiva e necessária reformulação, como se verifica na ausência de critérios e o modo de avaliação do discernimento da pessoa para fins de curatela e a própria modulação dos efeitos da curatela, que se apresenta no texto do Estatuto como diretriz, mas sem parâmetros úteis àqueles que têm, diariamente, a tarefa de julgar pleitos de interdição. Finalmente, preleciona o autor, a grande vicissitude do Estatuto é ter perdido a oportunidade de proceder a uma reforma do regime de incapacidades de modo a efetivamente funcionalizá-lo para o atendimento do livre desenvolvimento da personalidade humana.³⁶⁰

6.4 A curatela após Estatuto da Pessoa com Deficiência

Vimos no capítulo anterior, ao tratar da evolução do tema do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, o conceito de curatela e as diferenças que possui relativamente à tutela. O vigente *Codex* tratou da curatela no art. 1.767, e, em sua redação original dispôs estarem a ela sujeitos: "I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos."

³⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 41.

Todavia, a Lei 13.146/2015, instituidora do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabeleceu como excepcional a curatela do enfermo psíquico, mental e intelectual, e deu ao art. 1.767 do Código Civil nova redação, revogando os incisos II e IV, com o que no direito vigente estão sujeitos à curatela: "I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II – (revogado); III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV – (revogado); V – os pródigios.", trazendo diversas reflexões na doutrina.³⁶¹

Conforme lembra Álvaro Villaça Azevedo, o que se exige é que o curatelado não tenha condições de manifestar sua vontade.³⁶² Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,³⁶³ ao comentarem o art. 1.767, bem como os impactos das alterações promovidas pelo EPD, afirmam que a mudança havida gera prejuízo para os incapazes pelo apequenar da expressão "exprimir sua vontade", no lugar de falta de "discernimento".

Embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência houvesse dado nova redação aos dispositivos do código civil relativos à interdição (arts. 1.768 a 1.772.), o Código de Processo Civil de 2015, que embora publicado antes do estatuto entrou em vigor após ele, revogou tais dispositivos vez que regulamentou o tema nos arts. 747 a 758. Ainda revogou o estatuto o art. 1.776 do Código Civil que previa possibilidade de tratamento do portador de doença psíquica, mental ou intelectual em estabelecimento adequado, ou seja, asilar, como forma de recuperação do enfermo, e alterou a redação significativamente a redação do art. 1.777 para prescrever que seja evitado o recolhimento do enfermo em estabelecimento que o afaste da convivência familiar e comunitária.

O estatuto acrescentou ainda ao *Codex* o art. 1.775-A, segundo o qual "[n]a nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa", afirmando Paulo Lôbo que "[a] curatela compartilhada, exercida por dois ou mais curadores, é recomendável quando o curatelado for titular de patrimônio complexo e diversificado, exigente de atuação especializada".³⁶⁴

³⁶¹ Cf.: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. v. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 411 e ss.; SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. p. 427 e ss.; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. p. 195-267. LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. v. 5. p. 206 e ss.

³⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito de família. v. 6. 2019. p. 412.

³⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 13. ed. rev. atual. e ampl. até 03.06.2019. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil. 2019. p. 2.160.

³⁶⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. v. 5. p. 206.

6.5 A Tomada de Decisão Apoiada

Conforme mencionado acima, o art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência acrescentou ao Código Civil o art. 1.783-A, pelo qual criou-se no sistema jurídico nacional a figura da *tomada de decisão apoiada*, ou seja, o art. 116 da Lei 13.146/2015, nas palavras de Nelson Rosenthal,³⁶⁵ criou "um *tertium genus* em matéria de modelos protetivos de pessoas em situação de vulnerabilidade", em complemento às figuras da *tutela* e da *curatela*.

Extraí-se do estudo da legislação alienígena que a figura da *tomada de decisão apoiada* sofreu forte inspiração do ordenamento jurídico italiano, cuja Lei 6, de 9 de janeiro de 2004,³⁶⁶ publicada no Diário Oficial em 19 de janeiro de 2004,³⁶⁷ e que entrou em vigor no dia 19 de março daquele ano, modificou diversos dispositivos do Código Civil italiano em matéria de interdição e inabilitação, e acrescentou no ordenamento jurídico, notadamente no art. 404 e seguintes, a figura da *amministrazione di sostegno* (administração de sustento) pela qual prevê a nomeação ao enfermo mental do *amministratore di sostegno* (administrador de sustento).³⁶⁸ É bem verdade que outras nações possuem regras assemelhadas, como encontramos em Portugal, com o sistema jurídico do maior acompanhado, instituído pela Lei

³⁶⁵ ROSENTHAL, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. p. 505.

³⁶⁶ Disponível em <<https://www.camera.it/parlam/leggi/040061.htm>>. Acesso em 11 nov. 2021. Extraí-se do art. 1º da referida norma: "La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente".

³⁶⁷ Para visualização da lei e suas notas diretamente no diário oficial de 19/01/2004, consulte-se: <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2004/01/19/14/sg/pdf>>, p. 3-15. Acesso em 11 nov. 2021.

³⁶⁸ O art. 3º da Lei 6/2004 estabeleceu que o capítulo I, do título XII, do livro I do código civil italiano seria nominado "Dell'amministrazione di sostegno", inaugurando-o o art. 404, com a seguinte redação: "Art. 404. – (*Amministrazione di sostegno*). – La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio." O art. 4º da Lei 6/2004 deu nova redação ao art. 414 do código civil italiano, inserto no capítulo relativo à interdição, inabilitação e à incapacidade natural, a fim de que passe a dispor: "Art. 414. – (*Persone che possono essere interdette*). – Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione." Assim, continua a interdição passou a ser utilizada "quando necessário para assegurar a adequada proteção" dos maiores ou menores emancipados que se encontram em condição de habitual enfermidade de mente que o tornam incapazes de cuidarem de seus próprios interesses. O art. 408 do código civil italiano trata da escolha do *amministratore di sostegno* estabelecendo que o próprio interessado pode escolher seu apoiador, bem como elenca os legitimados à escolha judicial em caso de inexistência de eleição pelo beneficiário. O art. 409, daquele *Codex*, por sua vez, dispõe sobre os efeitos da *amministrazione di sostegno*, afirmando que "Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno", estatuinto o parágrafo que "Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana."

49/2019, na Alemanha, com a chamada Lei do Cuidado de 1990, na França, com a *sauvegarde de justice* instituída pela Lei 2007-308, de 5 de março de 2007, e, na Argentina, com o apoio ao exercício da capacidade, conforme consta do novo Código Civil daquele país.

Daí que dispõe o art. 1.783-A ser a *tomada de decisão apoiada* um processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo ao *apoiado* elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Trata-se, pois, de um processo judicial, ou, nas palavras de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira,³⁶⁹ um "acordo submetido ao procedimento de jurisdição voluntária", pelo qual a pessoa com deficiência requer o apoio indicando expressamente aqueles que elege para atender-lhe, devendo a pessoa com deficiência e os apoiadores apresentar termo contendo os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, com prazo de vigência e compromisso de respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que irão apoiar. Estabelece o dispositivo referido, notadamente o § 3º, que o juiz, assistido por equipe multidisciplinar (psicólogos, médicos etc.), após oitiva do Ministério Público, e após oitiva pessoal do requerente e das pessoas que prestarão apoio, pronunciar-se-á sobre o pedido de *tomada de decisão apoiada*.

O § 4º, estatui que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeito sobre terceiros, sem restrições, desde que inseridas nos limites do apoio acordado. Segundo dispõe o § 5º, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Na prática, ninguém que tenha conhecimento quanto ao fato de possuir a contraparte limitações ou deficiências de caráter mental, psíquico ou intelectual arriscará firmar negócio jurídico sem assegurar-se da presença dos apoiadores no contrato que se busca entabular, evitando-se amargas discussões e ações judiciais em que se avenge nulidade ou anulabilidade do ato decorrente de prejuízo à parte vulnerável em razão da *incapacidade* mental. Aliás, observe-se que o § 6º estatui que em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, caberá ao juiz decidir a controvérsia, após manifestação do Ministério Público. Cabe indagar e a eleição de procurador para a prática de negócio jurídico, mediante

³⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Fundamentos do direito civil: direito de família. v. 6. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 459.

procuração pública, seria mais útil à situação do que o percurso e o risco que se antevê à segurança do negócio jurídico.

Os §§ 7º e 8º dispõem que se o apoiador agir com negligência ou pressionar indevidamente o apoiado, ou não cumprir com suas obrigações elencadas no termo, permitir-se-á denúncia ao Ministério Público ou ao juiz, feita pelo próprio apoiado ou por qualquer pessoa, de maneira que caso provada, haverá a destituição do apoiador faltoso, com nomeação de outro apoiador se assim o desejar a pessoa apoiada.

A pessoa apoiada, segundo estatui o § 9º, pode a qualquer tempo requerer o término do apoio avençado no processo de *tomada de decisão apoiada*, não necessitando elencar qualquer motivo para a extinção do apoio. Por outro lado, dispõe o § 10, o apoiador pode soliciar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de *tomada de decisão apoiada*, estando seu desligamento condicionado à manifestação judicial. Por fim, o § 11 determina a aplicação à *tomada de decisão apoiada*, no que couber, das regras relativas à prestação de contas da curatela.

Procurou o legislador manter a capacidade civil do enfermo mesmo diante das limitações que impõem o manejo e a utilização da *tomada de decisão apoiada*. O apoio, e portanto, a interferência de terceira pessoa no *querer jurídico* do apoiado, não pode ser admitido nos casos em que a lei veda terminantemente interferências exteriores, tal como ocorre no testamento, por ser ato personalíssimo.³⁷⁰

6.6 A tomada de decisão apoiada e a capacidade de testar

Ainda merece reflexão a interpretação a ser conferida aos arts. 1.857, *caput*, e 1.860 do Código Civil em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência, notadamente diante da figura

³⁷⁰ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apontam a impropriedade da mudança nos seguintes termos: "[o] EPD confere ao deficiente a capacidade relativa para a prática dos atos da vida civil, a partir da alteração promovida ao CC 3.º e 4.º. Nesse sentido, ele já contaria com o apoio de um assistente, que em si mesmo pode desempenhar o papel de auxiliar na tomada de decisões; mas o EPD ainda exige que o deficiente eleja das pessoas que o auxiliem na tomada de decisões. Se o deficiente precisa contar com mais um "apoiador", então teria sido melhor não retirar determinadas pessoas com deficiência da condição de absolutamente incapazes. A incapacidade absoluta não é instituto discriminatório, mas medida de proteção aos interesses do incapaz." Confira-se: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. p. 2177-8.

da tomada de decisão apoiada. Isso porque estabelece o *caput* do art. 1.857 que "[t]oda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte", enquanto o art. 1.860 estabelece que "[a]lém dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento", estatuinto o parágrafo único que "[p]odem testar os maiores de dezesseis anos".

Desbordando-se da realidade fática pretendeu o legislador conferir plena capacidade àqueles que não a possuem, e, com isso, tornar iguais aqueles que não o são, tudo em nome da dignidade da pessoa humana, alterando-lhes o *status* com grave desproteção, inversamente ao idealizado. Cumpre, pois, enfrentar a questão atinente à feitura de cédula testamentária por aqueles impropriamente alçados à fictícia posição de capacidade, ou ainda, àqueles que com algum lampejo de lucidez tenham optado pela tomada de decisão apoiada anteriormente referida.

É cediço que no direito das sucessões, que se desdobra entre a sucessão legítima e a sucessão testamentária, é esta que gera debate acerca da capacidade do sucedendo, pois, segundo leciona Pontes de Miranda,³⁷¹ a sucessão testamentária é aquela em que a vontade do testador constitui a causa necessária e suficiente, isto é, em que o querer do sucedendo faz a lei doméstica, a *lex privata*. Extrai-se, igualmente, das lições de Francisco de Paula Lacerda de Almeida,³⁷² que a capacidade natural e civil supõe o direito de testar, e que o testamento, como ato jurídico que é, exige em quem o pratica e no momento em que pratica capacidade jurídica, capacidade natural e civil, sem a qual não há nenhum ato válido.

O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe, porém, dúvidas sobre a capacidade de testar daqueles que mesmo sem capacidade foram alçados a esta condição pela *pena* do legislador. Indaga-se, portanto, se a *tomada de decisão apoiada* teria o condão de permitir-lhe ou gerar-lhe capacidade ativa testamentária, posto ser o testamento ato personalíssimo, na definição de Clovis Bevilacqua,³⁷³ que não admite interferência de terceiros.

³⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões. v. 55. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1968. p. 179.

³⁷² ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. Sucessões. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Editor. 1915. p. 291 e 301.

³⁷³ BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. v. 6. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1919. p. 80.

Em nosso sentir, assim como não se admite testamento por procurador, representante ou assistente, igualmente há que se rejeitar testamento por apoiador ou com o concurso dele. Também não se admite confecção de cédula testamentária, ainda que sem a concorrência ou assistência de apoiador, quando emanar de pessoa que apenas pela ficção do legislador foi tida por capaz, sem na verdade sê-lo. Ausente inteligência, consciência, querer jurídico, não há como ultrapassar a exigência do requisito essencial à feitura do testamento.

Conforme preleciona Orosimbo Nonato,³⁷⁴ a sucessão, *strictu sensu*, é o meio pelo qual o patrimônio do *de cuius* se transmite ao herdeiro ou ao legatário. Estabelece o art. 1.786 do Código Civil que "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". Portanto, a sucessão ou resulta da lei (sucessão legítima), ou de disposição de última vontade (sucessão testamentária).

Extrai-se das lições de Francisco José Cahali,³⁷⁵ que a sucessão legítima, por vezes também designada como sucessão legal, é a que se dá em virtude de lei, trazendo o legislador a ordem de vocação hereditária (art. 1.829), através da qual designa aqueles que serão chamados a suceder, uns na falta dos outros, ou em concorrência, indicando a lei quem são os herdeiros do falecido. Nesta caso, não há manifestação de vontade do *de cuius*, de sorte que a lei indica aqueles que pelo grau de parentesco, pelo casamento ou pela união estável serão consideradas titulares da herança, afirmando alguns autores que este meio de transmissão da herança representa o testamento tácito ou presumido do morto. Por outro lado, a sucessão testamentária deriva de ato de última vontade, representado por testamento promovido pelo autor da herança, na forma e condições estabelecidas na lei, sendo que nesta hipótese de transmissão da herança não é a lei, mas a pessoa que elege seus sucessores.

Clovis Bevilacqua,³⁷⁶ ao comentar o correspondente art. 1.573, do Código Civil de 1916, ensina que a sucessão legítima prevalece em todos os casos e sobre todos os bens quando não há testamento, de sorte que este não exclui a sucessão legítima quando há herdeiros necessários, em relação à porção que a lei a estes assegura (legítima), ou quando as disposições testamentárias não esgotam o patrimônio hereditando. Lembra o autor que as duas formas de testamento podem coexistir distribuindo-se a herança entre os herdeiros

³⁷⁴ NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1957. p. 57.

³⁷⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONOKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito da Sucessões. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 45.

³⁷⁶ BEVILAQUA, Clovis. Código civil..., p. 9.

legítimos ou legatários nomeados em testamento. Ainda observa o autor que além do testamento, conhece o Código Civil outro modo de disposição para depois da morte, que é o codicilo, tratado no art. 1.881 a 1.885, do Código em vigor.

Nas palavras de Zeno Veloso,³⁷⁷ sucessão legítima e sucessão testamentária ou voluntária são as duas formas de sucessão *mortis causa* reconhecidas pelo direito brasileiro. Interessa-nos, pois, para confronto com a *tomada de decisão apoiada*, tão somente a sucessão testamentária, também chamada de sucessão voluntária.

Conforme define Clovis Bevilacqua,³⁷⁸ embora admita possa pecar por ser extensa, "testamento é o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, de seu patrimônio para depois da sua morte, nomeia tutores para seus filhos, ou reconhece filhos naturais, ou faz outras declarações de última vontade". Por sua vez, Pontes de Miranda,³⁷⁹ ao tratar do tema, oferece uma conceituação simplificada, ao asseverar que testamento é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos, ou, por outras palavras, afirma o autor que "testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos". A sucessão testamentária, portanto, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,³⁸⁰ ao contrário do que se dá com a sucessão legítima, pressupõe uma situação jurídica decorrente da intervenção volitiva do autor da herança, o testador.

O art. 1.858 do Código Civil estatui ser o testamento ato personalíssimo, que pode ser mudado a qualquer tempo, encontrando-se aqui duas importantes características, a saber a pessoalidade e a revogabilidade. Em sua obra sobre os testamentos, Zeno Veloso,³⁸¹ ao tratar da capacidade testamentária, ensina que pode ela ser ativa (*testamenti factio activa*) e passiva (*testamenti factio passiva*) sendo que a primeira regula os indivíduos que podem dispor por testamento, e a segunda, regula os indivíduos que podem adquirir por testamento. Interessa-nos, aqui, apenas a capacidade testamentária ativa. E, neste aspecto, aduz o autor que sendo capaz, a pessoa pode livremente testar, escolhendo qualquer uma das formas legalmente

³⁷⁷ VELOSO, Zeno. Código civil comentado. 6. ed. rev. e atual. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord. da 6. ed.). Ricardo Fiuza (coord. até a 5. ed.). São Paulo: Saraiva. 2008. p. 1951.

³⁷⁸ BEVILAGUA, Clovis. Código civil..., p. 80.

³⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões. v. 56. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1968. p. 59.

³⁸⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONOKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito da Sucessões. p. 261.

³⁸¹ VELOSO, Zeno. Testamentos. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP. 1993. p. 47 e ss.

admitidas, de modo que a capacidade testamentária ativa rege-se pelo tempo do ato, do testamento realizado, não se invalidando pela superveniência de incapacidade, nem se validando pela superveniência da capacidade.

A regra relativa à capacidade testamentária ativa encontra-se nos arts. 1.860 e 1.861, do Código Civil, mas também aparece no art. 1.857. Estabelece o art. 1.860, *caput*, que "além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento", asseverando o parágrafo único a capacidade de testar dos maiores de dezesseis anos. O art. 1.861, por sua vez, dispõe que "a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade". Constitui regra a capacidade testamentária ativa, sendo taxativos ou restritos os preceitos que determinam a incapacidade de quem testa. Neste aspecto, afirma Pontes de Miranda que a regra é que todas as pessoas físicas são capazes, e somente se poderia considerar a incapacidade como excepcional, não sendo admissível presumir a incapacidade ativa, afinal, ainda que se verifique doenças e moléstias todos são capazes, exceto aqueles que a lei exclui.³⁸²

Ao discorrer sobre a capacidade de testar, Carlo Francesco Gabba,³⁸³ em sua teoria da retroatividade das leis, afirma que a capacidade de dispor das coisas próprias é comumente dividida em capacidade *física e jurídica*, sendo que a primeira, também chamada por Savigny de capacidade *atinente à capacidade física*, é determinada pela atitude natural de agir com discernimento e liberdade, atitude proveniente das condições físico-fisiológicas do indivíduo, sendo tal a capacidade do indivíduo de mente sã, que se contrapõe à incapacidade do *mentecapto* e do *louco*. A segunda, é também chamada por Savigny de capacidade *atinente às relações jurídicas*, sem relação com a capacidade de discernimento.

Nas palavras de Zeno Veloso,³⁸⁴ "certo é que a facção testamentária não se compadece com a figura da representação ou da assistência, sendo coisa disparatada e caracterizadora de intervenção indevida o comparecimento de pai ou tutor para assistir o filho ou pupilo maior de dezesseis anos na outorga de testamento, o que afronta as características da unilateralidade e unipessoalidade, essenciais ao ato de disposição de última vontade. Ainda acrescenta o

³⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado..., v. 56. p. 114. Confira-se ainda: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 283 e ss.

³⁸³ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relatività delle leggi. v. 3. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1897. p. 298-322.

³⁸⁴ VELOSO, Zeno. Testamentos. p. 52 e 59.

autor que, sendo o testador pessoa de idade avançada, a fim de prevenir demandas futuras entre pessoas que se sentirem prejudicadas com as disposições testamentárias, costumam os notários mais responsáveis e prudentes solicitar atestado médico, de preferência psiquiátrico, declarando estar o testador no pleno gozo de suas faculdades mentais, fazendo menção do fato no testamento. Não se trata de exigência legal, mas praxe tabelioa, inserida nos costumes para dar maior segurança aos atos praticados nos tabelionatos.

Carlos Maximiliano,³⁸⁵ ao discorrer sobre o tema, preleciona que para testar são indispensáveis certos requisitos pessoais: inteligência e vontade, compreender e querer, ou seja, compreender o caráter e os efeitos do ato e querer praticá-lo, bem como poder manifestar esta resolução, exigindo, pois, a consciência do que se faz, a plenitude da vontade. Aduz o autor que as simples ideias bizarras, fanatismo místico, ocultismo, entusiasmo político, distrações, erros ridículos e não comuns, excentricidades, extravagâncias, revelações de espírito fátuo, vaidoso, vão, não prejudicam, por si só, o ato jurídico, sendo necessário irem até à decadência, até o ponto de perturbarem gravemente o raciocínio do indivíduo para negar-se validade ao testamento.

Não podem testar, portanto, nos termos do art. 1.860, do Código Civil, os incapazes e aqueles que, no ato de fazê-lo não tiverem pleno discernimento. A velhice não é impedimento pois não gera incapacidade, não reduz o discernimento. A moléstia não impede, em princípio, o exercício da faculdade de testar, de maneira que mesmo o agonizante, fora os casos de delírio, coma ou obnubilação mental, pode testar, sendo este o testamento *in extremis*.³⁸⁶ O enfermo ou deficiente mental sem o pleno discernimento para a prática do ato de elaboração da cédula testamentária está impedido de testar, conquanto pretenda o legislador declarar possuir ele o elemento de que carece, a consciência, a razão. O testamento feito por incapaz é nulo, conforme observa Orlando Gomes,³⁸⁷ para quem a incapacidade de testar nada têm a ver com as causas que viciam a vontade, o erro, o dolo e a coação.

Zeno Veloso afirma que o testamento, por sua gravidade e efeitos que produz, deve ser o fruto de uma vontade livre, gerado por mente sã, lúcida, consciente e racional.³⁸⁸ Não admite o ordenamento jurídico pátrio o chamado intervalo lúcido, de maneira que, tratando-se

³⁸⁵ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958. v. 1. p. 355 e 363.

³⁸⁶ NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. p. 373.

³⁸⁷ GOMES, Orlando. Sucessões. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 96 e 150.

³⁸⁸ VELOSO, Zeno. Testamentos. p. 64.

de incapacidade ou enfermidade que retire o pleno discernimento, ainda que intermitente, há impossibilidade de testar, pois mesmo os alienados têm como que alvoradas de razão, ou, nas palavras de Erasmo de Rotterdam,³⁸⁹ relembrando um provérbio grego, às vezes até mesmo o homem louco fala apropriadamente. A ideia de lúcido intervalo, nas palavras de Carlos Maximiliano,³⁹⁰ constitui um erro de pelo menos vinte e quatro séculos, tendo nascido da concepção teológica das doenças mentais, que entendia os enfermos como possessos do demônio, ou alienados da alma, de sorte que o intervalo era aquele em que o diabo se ausentava e deixava em paz o ente humano. Obseva referido autor que as incapacidades decorrentes da idade ou de perturbações mentais são absolutas, e aplicam-se a todas as espécies de testamento, seja quem for o beneficiado.

Ao comentar o art. 1.860 do Código Civil, afirma Zeno Veloso,³⁹¹ e referindo-se à incapacidade de testar, que não é qualquer enfermidade mental que provoca tão devastador efeito. Não é qualquer anomalia cerebral, não é qualquer psicopatia que exclui do indivíduo a capacidade testamentária. Segundo ao autor, se não tiver ocorrido a interdição (art. 1.767), que implica presunção *juris et de jure* da incapacidade, cada situação concreta precisa ser

³⁸⁹ ERASMO DI ROTTERDAM. Cicalata della follia in propria lode o sia L'Elogio della follia. Dall'Abbate R. P. Colonia. 1787. p. 205. No original: "Soventi siate anche stolto uomo ha detto vero". Na tradução francesa de Nisard (*Éloge de la folie*), de 1842, a partir da obra em latim, consta: "Cependant, souvent un fou parle raison", sendo que em outras duas versões francesas constou "Souvent même l'homme fou a parlé fort à propos" (Gueudeville, Amsterdam, 1728), e "Souvent un fou parle à propos" (Develay, Paris, 1876). Na tradução de John Wilson para o inglês (*Praise of fooly*), em 1668, constou "Sometimes a fool may speak a word in season". Desiderius Erasmus (1465-1536), nascido em Rotterdam de uma mãe solteira (*unmarried mother*) e pai sacerdote – filho ilegítimo, portanto –, ordenado padre quando jovem, abandonou a vida monástica e dedicou-se aos estudos, até que a convite passou a servir de secretário do clero, da elite eclesiástica. Continuou sacerdote, sem, contudo, retornar ao monastério. Escreveu aos 43 anos, em 1509, seu "Elogio da loucura" ao seu amigo inglês Thomas Morus, texto que não seria publicado até junho de 1511. O autor havia morado em diversos países, em meio a diversos tipos de sociedade. Cumpre observar que o livro não foi escrito com intuito de analisar a questão da enfermidade mental, mas tão somente como crítica e sátira das fraquezas humanas de seu tempo e da classe dominante, a clerical, eclesiástica e a estatal, aviventando ideias que precederam à Reforma. O livro foi escrito em latim – *Moriae Encomiun*, expressão que depois seria no latim consignada como *Stultitiae Laus* – com trocadilho de palavras quanto ao destinatário do texto, vez que o nome de seu amigo a quem escrevia (*Morus*) assemelhava-se à palavra *Moriae*, que significa loucura. Para compreensão do autor, sua época e seu texto, confira-se a introdução da obra: Erasmus. *Praise of fooly*. 1509. Trad. John Wilson em 1668. Edited with an Introduction by Mrs. P. S. Allen. Oxford: Clarendon Press. 1913. p. iii-xxiii. Em uma visão satírica da realidade, os tontos caducos e os idiotas são mais felizes do que os miseráveis homens sábios; a amizade é inspirada pela loucura, sem a qual nenhum homem teria amigos se não negligenciasse as faltas dos outros; a cegueira da loucura é que torna possível o matrimônio; a alegria dos loucos é que dá vida à sociedade; a lisonja da loucura é que funda cidades e mantém impérios juntos. "Não há caminho à tão famosa sabedoria, nem acesso a sua fortaleza, como é chamada, de felicidade, exceto sob a bandeira da loucura". A obra foi traduzida do latim para o francês em 1517, para o italiano em 1539, para o inglês em 1549, e antes do final daquele século já tinha sido traduzido para o alemão, holandês e flamenco. Confira-se ainda uma visão geral de Desiderius Erasmus na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/erasmus/>>. Acesso em: 03 dez. 2021.

³⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. p. 366 e ss.

³⁹¹ VELOSO, Zeno. Código civil comentado. p. 2050.

analisada, avaliada, comprovada, para se concluir se, no momento em que elaborou o testamento, o outorgante era capaz, ou não. Ainda observa o autor que as causas que determinam a incapacidade são permanentes (doença mental grave, surdo-mudez que obsta totalmente a manifestação da vontade, anomalia psíquica que exclui o discernimento) ou transitórias (embriaguez completa, efeito de drogas, estado hipnótico), mas impedem que a pessoa nessas circunstâncias possa exprimir validamente sua vontade.

O fato de declarar o tabelião que o disponente estava em seu perfeito juízo, observa Carlos Maximiliano,³⁹² não sana a eiva da incapacidade, vez que o notário faz uma verificação superficialíssima, não é um técnico psiquiatra, nem como tal intervém na feitura do testamento. Mesmo o juiz não está adstrito às conclusões da própria perícia, feita por profissionais, em observações demoradas e rigorosamente científicas.

A partir da interpretação sistemática do quanto disposto no Código Civil, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código de Processo Civil em vigor, além da doutrina de escol, é de se indagar se poderia o incapaz, que o Estatuto alçou à condição de capacidade plena, testar. E cumpre indagar, ainda, se a *tomada de decisão apoiada* teria o condão de permitir a confecção do testamento com o auxílio das pessoas eleitas como apoiadores do deficiente, portanto, do incapaz.

Entendemos não ser possível ao incapaz, agora tido por *capaz deficiente*, a confecção de testamento, ainda que tenha ao seu lado as pessoas apoiadoras que elegeram em processo de tomada de decisão apoiada. Não é o Estatuto que conferirá ao deficiente mental ou psíquico a plena capacidade, pois esta é concedida pela circunstância natural da vida, aferida pelos profissionais da saúde, ou seja, pela medicina psiquiátrica. Também não se admite a intervenção de outras pessoas no ato de testar, sejam elas amigas, parentes, conselheiras ou mesmo apoiadoras de que trata o art. 1.783-A do Código Civil, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque o testamento é ato personalíssimo, característica esta que não admite modulação, abrandamento, relativização ou redução.

Assim como no caso do maior de dezesseis anos, a quem o parágrafo único do art. 1.860 do Código Civil conferiu capacidade testamentária, dispensa a lei qualquer assistência, auxílio ou intervenção externa na vontade do declarante, também haverá de impedir ao enfermo mental, intelectual ou psíquico não somente a capacidade de testar por si,

³⁹² MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. p. 375.

individualmente, como também o ato de testar auxiliado pelos apoiadores eleitos no processo de tomada de decisão apoiada, evitando-se assim, seja corrompida a vontade do testador. Caso se admitisse interferência dos apoiadores na confecção do testamento pelo enfermo, seria de difícil comprovação se a declaração partiu de vontade verdadeiramente livre, consciente, incorrupta, consciente e racional.

Neste aspecto, observa Pontes de Miranda,³⁹³ em função do caráter personalíssimo, o ato de dispor não pode ser por intermédio de representante, nem de substituto, somente podendo o testamento ser feito pela própria pessoa, não sendo possível constituir mandatário, ou servir-se de alguém como representante. Também não pode ser realizado testamento por tutor ou curador.³⁹⁴ Ao tratar da personalidade, Zeno Veloso afirma que a facção testamentária não se compadece com a figura da representação ou da assistência, sendo coisa disparatada e caracterizadora de intervenção indevida o comparecimento de pai ou tutor para assistir o filho ou pupilo maior de dezesseis anos na outorga de testamento, o que afronta as características da unilateralidade e unipessoalidade, essenciais ao ato de disposição de última vontade.³⁹⁵ Nesse sentido entendemos também vedado o auxílio ou apoio prestado ao enfermo mental, psíquico ou intelectual na tomada de decisão apoiada, vedando-se qualquer interferência externa na vontade do testador.

Há na doutrina, todavia, quem admita auxílio, assistência, conselho e inspiração de terceiros na confecção do testamento. Parece flertar com esta corrente Orosimbo Nonato,³⁹⁶ o qual leciona que "no testamento, domina, solitária, a vontade do testador, sancionada na lei", e por isso, suas declarações posto que atenuadas em forma de rogos ou suposições, consideram-se imperativas. Para o autor, é da iságoce do direito sucessório dever o testamento resultar, à única, da vontade do testador, e embora procedente o asserto, deve ser entendido *cum grano salis*. Isso porque, aduz, no tocante à preparação, à elaboração, à ideação do testamento nem sempre se torna inadmissível a interferência normal de terceiros, uma vez que podem estes propor ao interessado a necessidade de fazer um testamento, traçar-lhe o esboço e até elaborá-lo, e aponta que até o testamento místico ou cerrado (art. 1.638, I, CC/1916; art. 1.868, *caput*, CC/2002), permite que o legislador que outro o faça a rogo do testador. Segundo o autor, pode o testador, por seu turno, pedir e receber auxílio, assistência,

³⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado..., v. 56. p. 77-8 e 81.

³⁹⁴ AMORIM, Sebastião Luiz. Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão testamentária. v. 19. coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas. 2004. p. 47.

³⁹⁵ VELOSO, Zeno. Testamentos. p. 52 e 59.

³⁹⁶ NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. p. 104-7.

conselhos, inspiração de terceiros. Para o autor, portanto, o ponto é que o testador, de seu puro alvedrio, receba esse auxílio e se aproprie conscientemente da elaboração ou das inculcas de terceiros. O testamento deve resultar da vontade do testador; nada impedirá, entretanto, haja sido essa vontade consciente e livre espertada ou suscitada por lembranças, apelos ou invocações de terceiros. Todavia, também observa o autor na sequência de seus ensinamentos, que não pode o conteúdo das disposições testamentárias sofrer qualquer influxo de terceiros.

Entre os autores da atualidade, Flávio Tartuce,³⁹⁷ ao discorrer sobre o tema, acredita ser possível que a pessoa com deficiência faça a opção por uma tomada de decisão apoiada para a elaboração do testamento, nos moldes do art. 1.783-A, do Código Civil, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referindo-se o autor ao Projeto de Lei 699/2011, o qual procura dar nova redação ao art. 1.860 do Código Civil para constar que "além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento", aduz que pela proposição deve ser reconhecida a incapacidade testamentária ativa daqueles que estão expressos no art. 3º da codificação privada, atualmente, com a mudança trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, apenas os menores de dezesseis anos, além das pessoas que não apresentarem um discernimento específico para a manifestação de última vontade, situação que estaria de acordo, em parte, com o "espírito" do referido Estatuto, sendo a regra geral a capacidade testamentária, o que inclui as pessoas com deficiência. Para o autor, houve advento de parte da solução propugnada por Zeno Veloso e Ricardo Fiúza, autor do projeto de lei retro mencionado.

Entretanto, respeitando as opiniões em sentido contrário, entendemos não ser possível conferir-se capacidade ativa testamentária ao enfermo mental, intelectual ou psíquico, nem mesmo valendo-se este do instituto da tomada de decisão apoiada. Ora, se não pode o conteúdo das disposições testamentárias sofrer qualquer influxo de terceiros, como afirma Orosimbo Nonato, e não se admitindo qualquer tipo de assistência ou representação, como preleciona Zeno Veloso, parece-nos evidente que também não se admita qualquer interferência dos apoiadores ao testador, ainda que eleitos em processo de tomada de decisão apoiada, sendo flagrantemente nulo o testamento que assim for confeccionado, seja ele público, particular ou cerrado, ou até mesmo nas hipóteses de testamentos especiais descritos

³⁹⁷ TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 10. n. 2. jul./dez. 2016. p. 68 e 71.

no Código Civil. Sendo personalíssimo o ato de testar, inadmite-se interferência de apoiadores, ainda que tenha o Estatuto a intenção de gerar isonomia, igualdade e afastamento de discriminação, pois jamais poderá ser interpretada a proteção com discriminação, sendo o impedimento e a vedação que defendemos apenas uma forma de proteger o próprio enfermo mental, intelectual ou psíquico, sem qualquer carga preconceituosa ou desigualadora de direitos.

Também não se pode argumentar, com o devido respeito à estatura doutrinária de Orosimbo Nonato, que o legislador admite no testamento cerrado ou místico do art. 1.868, *caput*, do Código vigente, seja o testamento escrito por terceiro a rogo do testador, pois neste caso, a figura daquele que escreve a rogo está mais para *longa manus* do que para representante, interveniente ou assistente, pois não influi na decisão ou vontade livre e consciente do testador, que neste caso é plenamente capaz, o que não se dá com o enfermo mental, intelectual ou psíquico que é assistido pelos seus apoiadores, eleita a tomada de decisão apoiada. Não se pode confundir aquele que escreve, a rogo, o que o testador declara livre e conscientemente, com pleno discernimento e capacidade, enfim, com manifesto *querer jurídico*, com a condução, sugestão ou interferência da vontade do testador enfermo mental, intelectual ou psíquico, perpetrada por seus apoiadores, não podendo jamais ser tido por válido tal testamento, seja de que espécie ou modalidade se trate. Aliás, quando feito perante tabelião, a experiência demonstra que os notários e tabeliães impedem que, no ato de testar, terceiras pessoas sugiram ou manifestem a vontade do testador.

Ausente a inteligência, a vontade, o compreender, o querer jurídico, a consciência e a plenitude de vontade, faltará ao declarante a capacidade para testar, pouco importando se está ele amparado pelos apoiadores eleitos em processo de decisão apoiada criada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e disposto no art. 1.783-A, do Código Civil, e pouco importando sua equivocada classificação como *capaz* pelo legislador. Nessas hipóteses nulo será o testamento.

O enfermo mental, psíquico ou intelectual, se faz testamento, ensina Zeno Veloso,³⁹⁸ deve ser provada a condição de incapacidade, pelo autor da ação judicial que pleiteia a nulidade do ato, ou seja, deve provar o estado que o tornava incapaz, e não prejudica o fato do tabelião ter declarado que o testador encontrava-se no seu perfeito juízo, pois o notário

³⁹⁸ VELOSO, Zeno. Testamentos. p. 64-5.

não tem especialidade médica, não é médico-psiquiatra, não faz exame clínico, acurado e profundo, mas diz o que lhe parece, e o que lhe parece, apesar das aparências que sustentam este julgamento, pode não ser verdadeiro. A prova deve ser robusta; na dúvida, vale o testamento, em tributo ao princípio *in dubio pro capacitate*.

O art. 83 do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que "os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade", asseverando o parágrafo único que "o descumprimento do disposto no *caput* deste artigo constitui discriminação em razão de deficiência". Ocorre que o dispositivo citado viola o sistema jurídico consolidado, vez que as regras até então criadas assim o foram não como fator de discriminação, mas de proteção à pessoa do enfermo mental, psíquico ou intelectual. Não existirá ilegalidade caso o tabelião se recuse a lavrar testamento em suas notas diante da aferição ou desconfiança de ser o declarante enfermo mental ou psíquico, ou caso compareça o testador acompanhado das pessoas apoiadoras eleitas no processo de tomada de decisão apoiada, não podendo haver penalidade imposta pelo Juízo Corregedor a que está sujeito, posto não haver conduta passível de disciplina, mas atitude correta tendente a garantir a segurança ao testador e, em última instância, à sociedade posto exercer serviço público delegado.

Foram equivocadas as alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, e, afirma Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery,³⁹⁹ todas as prescrições do Código Civil alteradas estão inseridas no sistema civil de proteção da pessoa e não deveriam ter sido alteradas. Para a autora, "as alterações podem transmitir a falsa ideia de que patologias e limitações efetivamente provadas na vivência pessoal de alguém não as impediria de praticar atos da vida civil, e isto é um *non sense*. Impedem sim." Leciona a autora que eram desnecessárias as alterações introduzidas pela lei em comento, e, pior, confere proteção diminuta ao incapaz, quando da prática de atos da vida civil. Ao referir-se à interdição, aduz a autora que enquanto a lógica do Código de Processo Civil é de tornar pública a situação de incapacidade do interditando, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de maneira diversa, pretende deixar cada vez mais "não evidente" esse fato.

³⁹⁹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência. p. 1545 e 1555.

Verifica-se, portanto, o desajuste do Estatuto com as regras protetivas construídas no direito pátrio. Assim, reitera-se, não se poderá ter como válido o testamento feito pelo enfermo mental, intelectual ou psíquico que o Estatuto elevou à condição de plena capacidade, bem como não se admitirá seja o deficiente conduzido, assistido, induzido ou sugestionado pelos apoiadores que elegeu no processo de tomada de decisão apoiada ante o caráter personalíssimo do ato testamentário.

6.7 O Projeto de Lei 757/2015

Após a publicação da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada no dia imediato, e com *vacatio legis* de 180 dias –, e antes de sua entrada em vigor, da comunidade jurídica, conquanto dividida entre os defensores das alterações legislativas e os críticos que apontavam-lhe as incongruências, houve intenso trabalho para em tempo recorde inaugurar-se projeto de lei que pudesse corrigir os equívocos legislativos e minorar, senão sanar, a desproteção trazida pela lei aos deficientes mentais, psíquicos ou intelectuais. Assim surgiu no final do ano de 2015 o Projeto de Lei do Senado (PLS) 757/2015, de autoria dos senadores Antonio Carlos Valadares (PSB/SE) e Paulo Paim (PT/RS), com o escopo de alterar o Código Civil, o Código de Processo Civil, e ainda, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo a novamente corrigir a regra relativa à capacidade civil, à curatela, e ainda, à tomada de decisão apoiada.⁴⁰⁰

De acordo com a justificativa do projeto de lei retro referido busca-se a retificar a "gravíssima falha" da Lei 13.146/2015, norma esta que "causará enormes prejuízos às pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade", preocupando-se o projeto com o fato de que "poderão ocorrer incalculáveis danos jurídicos às pessoas que, por qualquer causa – relacionada ou não com deficiência –, precisam de apoio para praticar os atos formais da vida civil". A justificativa do projeto esclarece que não se pretende restabelecer qualquer espécie de preconceito ou de

⁴⁰⁰ A versão inaugural do PLS 757/2015 pode ser conferida em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1630436021588&disposition=inline>>. Confira-se ainda o texto da proposta primitiva no Diário do Senado Federal n. 195, de 02/12/2015, p. 20 e seguintes, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/19940?sequencia=20>>. Acesso em 15 nov. 2021.

discriminação contra as pessoas com deficiência, apenas "impedir essa tragédia jurídica" que é a desproteção inadvertida causada pela lei especial.

O art. 2º do PLS 757/2015, em sua redação primitiva, trazia a seguinte disposição: "[f]icam revogados os incisos II, IV, VI e VII do art. 123 da Lei nº13.146, de 6 de julho de 2015, e as alterações promovidas pelo art. 114 essa lei nos arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.769 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002". A ideia do legislador era resgatar no tocante aos arts. 3º e 4º, do Código Civil, a clássica teoria das incapacidades, embora não tenha feito constar a respristinção expressa de que trata o § 3º, do art. 2º, do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alerta feito no curso da tramitação parlamentar.

O art. 3º do PLS 757/2015, em sua redação original, pretendia a alteração do art. 1.072 do Código de Processo Civil para afastar da revogação que o estatuto processual fez incidir sobre os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, que diziam respeito às regras de interdição, embora, ressalte-se, ausente no texto primitivo a repristinção expressa.

O art. 4º, do projeto primitivo, pretendia alterar o inciso II, do repristinado art. 3º, a fim de que passe a constar serem absolutamente incapazes "os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos", e igualmente alterar dar nova redação ao repristinado art. 4º do *Codex*, para que constasse no rol dos relativamente incapazes "os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham o discernimento severamente reduzido", posto que a redação introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência tornou os ébrios e os viciados em tóxicos relativamente incapazes mesmo no período em que houvesse não estejam bêbados ou drogados.

Igualmente se pretendia com o PLS 757/2015 corrigir o art. 1.548 do Código Civil, para constar ser nulo o casamento contraído "por incapaz, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.772" criados pelo projeto, ou seja, afastar a nulidade do casamento quando houvesse participação do curador, vez que enquanto o § 2º afirmou que "[p]ara a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa", o § 3º estabelece que "[e]xcepcionalmente, o juiz poderá estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses

atos". A correção, nesse caso parece defeituosa, pois ao mesmo tempo em que permite anulação de casamento do incapaz, permite a interferência do curador na decisão que é eminentemente personalíssima. Isso porque casamento conduzido por curador àquele incapaz de discernir nunca haverá de ser aproximado ou equiparado ao casamento por procuração, admitido no ordenamento jurídico mediante instrumento com poderes especiais, conferido por quem está no pleno gozo de suas capacidades intelectivas, indicando o consorte, ou seja, o outro nubente. A o projeto, portanto, insiste num grave equívoco.

Também pretende o PLS 757/2015 alterar as regras relativas à curatela e à tomada de decisão apoiada. Assim, na redação original, pretendia-se alterar o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para constar que "[a] curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil", e com acréscimo de § 4º no qual se estabeleceria que "[a]s limitações previstas no § 1º deste artigo não se aplicam nas hipóteses excepcionáíssimas do art. 1.772 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002", ou seja, de que a curatela não alcança o direito ao corpo, sexualidade, matrimônio etc.

Pretendeu-se ainda acrescentar os §§ 12, 13 e 14, ao art. 1.783-A, do Código Civil, que trata da tomada de decisão apoiada, de sorte, segundo o § 12 "[o]s negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo", enquanto no § 13 constaria que "[e]xcepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela", e, pelo § 14, [a] tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais".

Igualmente pretendeu a redação original do PLS 757/2015 acrescentar ao Código de Processo Civil o art. 763-A, no âmbito da tutela e curatela, com o que, pelo novo dispositivo, "[a]plica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada", afirmando o parágrafo único do novo dispositivo que "[s]e o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela".

Cumpra notar que o Parlamento requisitou, no início da tramitação do projeto de lei, parecer do jurista Flávio Tartuce,⁴⁰¹ a fim amparar os trabalhos legislativos. Todavia, referido projeto de lei não permaneceu como proposto, tendo havido mudanças significativas, sendo a primeira delas fruto de resistência ao retorno dos incapazes de discernir ao rol dos absolutamente incapazes. Com as modificações havidas o projeto recebeu favorável parecer, ainda no Senado,⁴⁰² da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), bem como teve parecer favorável na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC).⁴⁰³

Encerrada a tramitação no Senado Federal, foi publicado o texto final revisado do referido projeto de lei,⁴⁰⁴ diverso do texto inicialmente apresentado, com o que seguiu no final de 2018 à Câmara dos Deputados, casa revisora, onde hoje se encontra, tramitando como Projeto de Lei 11.091/2018. Na Câmara dos Deputados o projeto em referência também foi aprovado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Com Deficiência, cujo parecer foi publicado em 20/08/2019 no Diário da Câmara dos Deputados.⁴⁰⁵

A redação transformada do PLS 757/2015, que agora tramita como PL 11.091-A/2018, na Câmara dos Deputados, manteve intocável o art. 3º do Código Civil com a redação que lhe conferiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com o que permanece, como única hipótese de incapacidade absoluta, os menores de 16 (dezesseis) anos.

O art. 4º do Código Civil, igualmente, não sofre alteração no rol da incapacidade relativa, ou seja, (i) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; (iii) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e, (iv) os pródigios. A alteração, todavia, ocorre com a transformação do parágrafo único – relativo aos indígenas – em § 1º, bem como o acréscimo

⁴⁰¹ O parecer integral do jurista Flávio Tartuce encontra-se disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&ts=1630436021973&disposition=inline>>. Acesso em 19 nov. 2021.

⁴⁰² O parecer da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal pode ser consultado em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>> e <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374503&ts=1630436021751&disposition=inline>>. Acesso em 19 nov.2021.

⁴⁰³ O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal pode ser consultado em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>>. Acesso em 19 nov. 2021.

⁴⁰⁴ O texto final do PLS 757/2015, aprovado no Senado Federal, pode ser consultado em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889481&ts=1630436022760&disposition=inline>>, estando a versão assinada pelo Presidente do Senado disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7891285&ts=1630436023076&disposition=inline>>. Acesso em 19 nov. 2021.

⁴⁰⁵ Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190820001450000.PDF#page=63>>. Acesso em 19 nov. 2021. O parecer encontra-se à p. 63-5 do Diário da Câmara dos Deputados.

dos §§ 2º e 3º. Assim, pelo § 2º cuja criação se pretende, "[a]s pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observar o seguinte: I – a curatela, regulada pelos arts. 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do *caput* deste artigo; II – a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do *caput* deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada no art. 1.783-A deste Código; III – o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista neste Código e em outras leis às pessoas relativamente incapazes". E o § 3º estabelecerá que "[a] curatela das pessoas referidas no inciso III do *caput* deste artigo outorga ao curador o poder de representação, e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.

Veja-se, portanto, que o projeto de lei inicial, completamente descaracterizado, transformou-se em oportunidade de afirmação dos graves equívocos e disfunções ao sistema das incapacidades.

O projeto de lei reformulado pretende ainda alterar a redação do inciso III, do art. 9º, do Código Civil, que impõe seja registrada em registro público "a interdição por incapacidade absoluta ou relativa", a fim de que passe a constar o dever de serem registradas "a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como seus respectivos limites". Também pretende o projeto acrescentar inciso III ao art. 171 do *Codex*, para declarar ser anulável o negócio jurídico "por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada homologada judicialmente e registrada em cartório".

Procurando adequar as regras quanto ao prazo decadencial para anulação do negócio jurídico, o PLS 757/2015 reformulado pretende dar nova redação ao inciso III do art. 178, o qual em sua redação atual estabelece que o prazo decadencial de quatro anos para pleitear-se anulação do negócio jurídico conta-se, no caso de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade, com o que passaria a constar que a decadência conta-se "no caso de atos de

incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio".

Uma vez que o art. 1.072 do Código de Processo Civil revogara os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, constantes no capítulo relativo à curatela e interdição, por tatar ele, diploma processual, em seu bojo, sobre o regramento da ação de interdição nos arts. 747 e seguintes, o PLS 757/2015 reformulado, de proporções muito além do que constava na redação inaugural, pretende dar nova redação ao art. 1.781 para afirmar que "[a]s regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com as restrições previstas nesta Seção", e acrescenta o art. 1.781-A com o fim de estabelecer que a curatela prevista no art. 1767, ou seja, (i) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, mencionados no inciso I do dispositivo; (ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxico, mencionados no inciso III do dispositivo; e, (iii) os pródigos, mencionados no inciso V do dispositivo, "I – constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses da pessoa sujeita a curatela e aplicada, sempre que possível, a tomada de decisão apoiada; II – deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível; III – obriga os curadores a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano, bem como a motivação dos atos praticados, de maneira a demonstrar que estão alinhados com a vontade potencial da pessoa sujeita a curatela; IV – afeta tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, nesses abrangidos os pactos antenupciais e o regime de bens, não alcançando os direitos ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio ou à união estável, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto; V – não pode ser exigida para a emissão de documentos, oficiais ou não", estabelecendo, por fim, parágrafo único, que "[a] curatela só é aplicável a pessoas com deficiência caso apresentem alguma das condições previstas nos incisos I, III ou V do art. 1.767."

Verifica-se, portanto, que permanece o escopo pretendido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência de aniquilar a *ação de interdição*, embora mantendo, em alguma hipóteses, a curatela, chegando alguns a afirmar que houve o desaparecimento da ação de interdição e que as ações existentes devem ser chamadas de *ação de curatela*. Nesse sentido a redação do art. 1.782 pretende ser alterada para constar que "[a] curatela das pessoas previstas no inciso V do art. 1.767 somente as 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". Se a ideia do legislador era apenas trocar a expressão *interdição* por *curatela*, não precisava ter extirpado do texto a expressão *pródigo*, a que se refere, o que demonstra a dificuldade do legislador em aceitar o próprio o idioma para categorizar os fatos e pessoas, esquivando-se do uso de expressões como *doente mental*, *alienado mental*, *incapaz mental*, *deficiente mental*, e, agora, também com a expressão *pródigo*.

Quanto à tomada de decisão apoiada, também pretende o PLS 757/2015 reformulado alterar, em sua inteireza, a redação do art. 1.783-A, do Código Civil, revogando-se os §§ 7º, 8º, 9º, e 10. Assim, o *caput* do dispositivo passará a dispor que "[a]s pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de ato ou atos sucessivos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas". Por sua vez, o § 1º dispõe que "[o]s apoiadores devem ser pessoas com as quais a pessoa com deficiência mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre ato ou atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade", afirmando o § 2º que "[o] apoio será exercido nos limites e condições acordados entre a pessoa apoiada e os apoiadores, constantes de termo homologado judicialmente". O § 3º, por sua vez, passará a estabelecer que "[s]erá indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade por meio algum". Por outro lado, o § 4º passará a dispor que "[o]s negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores". E, finalmente, pretende-se alterar o § 5º a fim de que passe a constar que "[n]os atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, a qual é hábil para demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência". Não haverá alteração no § 6º, ora vigente, o qual estabelece que "[e]m caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão".

Embora tenha o PLS 757/2015 tentado *salvar* o regramento criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não nos parece que tal objetivo foi ou será alcançado, caso sancionado o texto.

E na esteira do que acima declinamos, no sentido de que o Estatuto da Pessoa com Deficiência pretende aniquilar a *ação de interdição*, ou qualquer referência que a ela remeta, o art. 5º do PLS 757/2015 pretende alterar o rótulo da Seção IX do Capítulo XV do Título III do Livro I da Parte Especial, do Código de Processo Civil, que passa da expressão "Da Interdição" para "Da Tomada de Decisão Apoiada e da Curatela". Deste título, composto pelos arts. 747 a 758, o projeto de lei pretende manter a redação apenas dos arts. 754, 757 e 758. Todos os demais passarão por alteração. O que nos parece é que o legislador, não contente em levar o "mundo do faz-de-conta" ao código civil pretende levá-lo também ao código de processo civil.

Embora produzido para sanar disfunções na capacidade civil gerada pelo EPD, há na doutrina vozes contrárias ao projeto, afirmando representar risco de retrocesso.⁴⁰⁶

6.8 A exceção de *Gabba*: a não aplicação imediata da lei de estado prejudicial

A Lei 13.146/2015, autodenominada Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, teve seu nascedouro no Projeto de Lei do Senado (PLS) 6/2003,⁴⁰⁷ e foi

⁴⁰⁶ Confira-se, por todos: MENEZES, Joceane Bezerra. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte. v. 12. p. 137-71. abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/37/31>>. Acesso em 8 out. 2017.

⁴⁰⁷ O texto inicial do PLS 6/2003 foi publicado no Diário do Senado Federal em 19.2.2003, p. 606-16. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/701?sequencia=244>>. Acesso em 23 nov. 2021. O projeto primitivo possuía 62 artigos, enquanto o substitutivo de 2006 possuía 287 artigos, entre os quais se encontravam os arts. 270 e 271, que dispunham prazo em dobro à prescrição de que trata os arts. 205 e 206 do Código Civil quando versasse pretensão de pessoa com deficiência. Com a redação final contida na Lei 13.146/2015, contendo 127 artigos, os deficientes mentais, psíquicos e intelectuais não apenas deixaram de ter prazo prescricional em dobro, como perderam a regra protetiva de sua não fluência durante a incapacidade absoluta insculpida no inciso I do art. 198 do *Codex*. O substitutivo ao projeto de lei contendo o estendido texto bem como o parecer do relator da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa encontra-se disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4273412&ts=1630444738890&disposition=inline>> e <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4273431&ts=1630444738990&disposition=inline>>, tendo sido publicado no Diário do Senado Federal em 13.12.2006, p. 38238-38327, disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1884?sequencia=16>>. Acesso em 23 nov. 2021. O texto propriamente do substitutivo se encerra na p. 38295, sendo as páginas seguintes os textos das leis cuja alteração se pretendia, além da aprovação (p. 38298 e 38327), além de discussão sobre o PLS 6/2003 e o PLS 429/2003, o qual tramitou em apenso àquele por algum tempo e também abordava em seus 79 artigos questões relativas às pessoas com deficiência e que seria retirado da tramitação conjunta em 8.6.2004. Veja-se que tanto o projeto inaugural como seu substitutivo no Senado Federal não tinham qualquer pretensão de alterar a regra da capacidade civil da pessoa natural. A título de estudo, vejamos a redação original dos arts. 1º e 2º do projeto de lei: "Art. 1º Esta lei institui o Estatuto do Portador de Deficiência, destinado a assegurar a integração social e o pleno exercício dos

objeto de revisão na Câmara dos Deputados, em cuja casa tramitou como Projeto de Lei 7.699/2006. Ocorre que, da data de início de tramitação do projeto no Parlamento até a sanção presidencial decorridos quase doze anos, o assunto não alcançou as Faculdades de Direito do país, e seguramente as sugestões de civilistas haveriam de contribuir para o melhor tratamento no que diz respeito à capacidade civil das pessoas com deficiência mental, psíquica ou intelectual. E, cumpre lembrar, o projeto de lei surge exatamente no ano de entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Da análise do projeto de lei primitivo, passando pelo substitutivo do Senado Federal, e, posteriormente, pelo Substitutivo da Câmara Federal, é fácil perceber que o Congresso Nacional, conquanto tenha promovido restritos debates na chamada *sociedade civil*, parece ter se preocupado muito mais com a sociologia e a questão do *preconceito, discriminação, e igualdade* entre as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência com as demais, sem deficiência, que deixou de lado a análise, quanto aos deficientes mentais, psíquicos e intelectuais, dos reflexos que haveria de acarretar a conferência de igualdade relativamente à capacidade de pessoas que a natureza desigualou.

Inobservou o legislador a impossibilidade, no plano fático, de se declarar a igualdade entre pessoas aptas à manifestarem conscientemente sua vontade com aquelas que não conseguem manifestá-la de maneira consciente e autônoma. Eis porque Álvaro Villaça Azevedo afirma que a situação de inaptidão para manifestação da vontade não pode ser "revogada" por lei, por ser fato da natureza, inalterado pela vontade do legislador.⁴⁰⁸

A pestanejada do legislador pode ser constatada, inclusive, pelo fato de que no substitutivo do projeto primitivo, no Senado Federal, os arts. 270 e 271 dispunham prazo em

direitos individuais e coletivos das pessoas acometidas por limitações físico-motora, mental, visual, auditiva ou múltiplas, que as torne hipossuficientes para a regular inserção social. Parágrafo único. Para efeito desta lei entende-se por portador de deficiência aquele tipificado na Constituição Federal. Art. 2º Os diversos graus e peculiaridades que caracterizam a condição de portador de deficiência serão definidos na regulamentação desta lei, baseados em definições técnico-científicas, devendo-se considerar, sempre que possível, os padrões internacionais." Em 22.12.2006 o PLS 6/2003 foi enviado para revisão à Câmara dos Deputados, onde tratou como PL 7.699/2006 e sofreu modificações. Nesta casa houve as alterações quanto à capacidade civil, com extinção do sistema das incapacidades outrora contidos nos arts. 3º e 4º do Código Civil, conforme se verifica do substitutivo aprovado, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1308786&filename=Tramitacao-PL+7699/2006>. Acesso em 23 nov. 2021. Para estudo da tramitação e aferição da votação do texto final no Plenário daquela casa legislativa, ocorrida em em 5.3.2015, consulte-se o Diário da Câmara dos Deputados de 6.3.2015, p. 149-322, o qual contém debates, as emendas de plenário apresentadas, a votação (votos favoráveis, 188, votos desfavoráveis 174, abstenções, 6 [vide p. 249]) e o substitutivo aprovado (p. 279-305), disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150306000310000.PDF#page=>>>. Acesso em 23 nov. 2021. O texto aprovado pela Câmara dos Deputados foi remetido ao Senado Federal em 17.3.2015.

⁴⁰⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil. v. 1. 2. ed. 2019. p. 37 e 39.

dobro à prescrição tratada nos arts. 205 e 206 do Código Civil, quando versasse pretensão de pessoa com deficiência, e, não especificando qual tipo deficiência o entendimento é de que o texto foi pensado para privilegiar toda e qualquer deficiência, alargando sobremaneira os limites do inciso I do art. 198 do Código Civil, segundo o qual não corre prescrição contra os incapazes de que trata o art. 3º, dispositivo cuja *mens legislatoris* e *mens legis* sempre foi conferir proteção em razão da ausência ou diminuição de discernimento e ausência de condições para expressar vontade consciente, e não em razão de toda e qualquer deficiência. Na tramitação revisional ocorrida na Câmara dos Deputados este texto foi extirpado, com o que a versão aprovada e sancionada, na ânsia de atingir a *igualdade*, acabou por retirar o benefício de não fluência dos prazos prescricionais aos deficientes mentais, psíquicos e intelectuais durante o tempo em que verificada a *incapacidade absoluta*. Assim, não apenas deixaram de ter prazo prescricional em dobro, como perderam a regra protetiva de sua não fluência durante a incapacidade absoluta.⁴⁰⁹

Os demais institutos do direito, como narrado no capítulo anterior, também sofreram grande modificação em razão das disfunções da capacidade civil causadas pela Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, seja quanto ao tema das nulidades do negócio jurídico e muitos outros. A extinção, dentre a classificação, das hipóteses de incapacidade absoluta insculpidas como forma de proteger o incapaz trouxe indizível retrocesso no sistema das incapacidades, havendo inegável prejuízo aos deficientes mentais, psíquicos e intelectuais.

Da análise do Projeto de Lei 757/2015, que ora tramita em caráter revisonal na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei 11.091/2018, em razão dos substitutivos apresentados não se antevê correção à desproteção causada pela Lei 13.146/2015 aos deficientes mentais, psíquicos e intelectuais. Não há interesse legislativo no retorno à inserção destes deficientes no rol dos absolutamente incapazes mesmo diante de grave ou completa ausência de discernimento ou impossibilidade de expressão da vontade consciente.

A questão tormentosa causada pela autodenominada Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelos projetos de lei que visam alterar-lhe impõe a busca de solução possível em outra seara, qual seja, a doutrinária. Vimos acima que referido diploma, tratando-se de lei de estado, ou seja, que diz respeito ao estado civil da pessoa

⁴⁰⁹ DUARTE, Nestor. Código civil comentado. 2018. p. 20.

natural, de regra tem aplicação imediata e automática. Todavia, ao caso em estudo a doutrina estrangeira parece ser fonte de solução, ou menos, início dela.

Em nosso sentir a questão pode ser resolvida sob dois aspectos: (i) o advento de nova lei que promova a revogação do art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por ser ele precisamente que alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil, fazendo regressar no rol dos absolutamente incapazes os que por enfermidade mental não puderem exprimir sua vontade, ou tiverem discernimento reduzido, com expressa repristinação do texto revogado, hipótese inserida no que Paul Roubier denomina *solutions législatives des conflits*;⁴¹⁰ (ii) aplicação do que denominamos de *exceção de Gabba*, o qual defende, em caráter excepcional, a não retroatividade imediata de lei de estado que prejudique a pessoa atingida pela lei nova, conforme abordaremos nas linhas que se seguem.

A primeira solução não se mostra simples por enfrentar grande oposição nas mais variadas esferas políticas e sociais, posto que há forte carga psicológica na defesa da conferência de *capacidade* àqueles que por natureza não a possuem, fruto de compreensão filosófica que prega a plena igualdade de tratamento entre pessoas manifestamente desiguais. A dificuldade pode ser constatada na modificação sofrida pelo projeto de lei referido em sua redação original, que teve extirpada de seu texto a tentativa de retorno à redação primitiva do Código Civil, quanto às hipóteses de incapacidade absoluta.

A segunda solução, embora não seja mais simples do que a primeira, é seguramente capaz obstar a desproteção causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao extinguir do rol dos absolutamente incapazes os deficientes mentais, psíquicos e intelectuais. Mostra-se, pois, imperioso o estudo e a defesa da inaplicabilidade ou não retroatividade da lei de estado

⁴¹⁰ ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dans le temps*. v. 1. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1929. p. 32-6. Leciona o autor que "[l]es conflits de lois dans le temps, qui forment l'objet du droit transitoire, peuvent recevoir leur solution de la loi elle-même: le cas es fréquent, et on peut même d'une manière générale apprécier favorablement l'activité législative en la matière". Aduz o autor que esta forma de solução legislativa se dá de duas formas diferentes, que ele denomina de *lei de conflito (loi de conflit)* e *lei de transição (loi de transition)*. A primeira é uma lei cujo objeto direto é resolver o conflito de um sentido ou de outro, e que decidirá se será aplicada a lei antiga ou a lei nova, a segunda, visa estabelecer um regime intermediário entre as duas leis conflitantes, permitindo aos intesses particulares conciliarem-se com a lei nova. No caso das disfunções da capacidade civil geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a lei de transição não resolve o problema da desproteção causada aos deficientes mentais, psíquicos ou intelectuais, pois concessão de *délai* para a sociedade se conformar à nova lei não encerraria os riscos a que sujeitas tais pessoas vulneráveis. Ainda no primeiro volume de sua obra, Paul Roubier refere a maioria dos autores dão ao princípio da não retroatividade da lei uma justificativa tirada da filosofia social, qual seja, a de *salvaguarda necessária dos interesses particulares*, e que a retroatividade criaria um *état de trouble intolérable* para as relações jurídicas destruindo o sentimento de confiança na segurança da lei. A citação encontra-se à p. 428. O autor, à p. 558, defende que o efeito imediato da lei constitui a regra de direito comum, discorrendo nas páginas seguintes (558-68) as razões que justificam o estabelecimento dessa regra.

que piore a situação pessoal dos indivíduos, o que denomino de *exceção de Gabba*, decorrente do pensamento de Carlo Francesco Gabba magistralmente lançado em sua clássica obra *Teoria della Relattività delle leggi*,⁴¹¹ composta de quatro volumes, e esmiuçada no segundo volume. É bem verdade que ele não foi o único a defender a não retroatividade de lei sobre o estado pessoal, mas foi o que melhor sistematizou o problema.⁴¹²

A lei, ensina Rubens Limongi França,⁴¹³ sendo forma fundamental de expressão do Direito, projeta-se em duas dimensões: uma *espacial* e outra *temporal*. Aquela diz respeito ao território dentro do qual o Estado que a emana exerce sua soberania. Esta, por sua vez, diz respeito ao lapso de tempo abrangido pela vida da lei, verificando-se em dois limites: seu *termo inicial* e seu *termo final*. Esta dimensão temporal, leciona o autor, também é chamada de *eficácia da lei no tempo*. Ao complexo de fatos que surgem com a necessidade acomodação entre lei nova e lei antiga, e aos problemas que daí procedem, se costuma chamar *conflito das leis no tempo*, sendo que a parte da ciência jurídica que se dedica ao estudo de tais fatos denomina-se *Teoria da Irretroatividade das Leis*, *Teoria da Retroatividade das Leis*, *Direito Transitório* ou *Direito Intertemporal*. Além dessas nomenclaturas, acrescenta-se aquelas também existentes e informadas por Carlo Francesco Gabba,⁴¹⁴ como *Questões de Direito Transitório* e *Teoria dos Direitos Adquiridos*, citando o autor aqueles que assim a nomeiam, afirmando ser preferível chamar de *Teoria da*

⁴¹¹ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della Relattività delle leggi*. v.1. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1891. v. 2. 3. ed. 1897 (anteriormente, neste trabalho, utilizamos a segunda edição do v. 2, de 1884). v. 3. 3. ed. 1897. v. 4. 3. ed. 1898. O autor dicorre no vol. 2, aponta à p. entendimentos de outros doutrinadores europeus, e, sobre a interdição, curatela e inabilitação a partir da p. 94, e na p. 96 e seguintes trata da lei que tenha abolido interdição em face das ações propostas anteriormente, ou de lei que coloque o incapaz em situação mas gravosa (de inabilitado para curatelado), afirmando nesse caso não se operar a retroatividade da lei, conforme vemos em suas palavras (p. 99): "[i]nvero noi non abbiamo mai detto, ed ora dobbiamo escludere che l'immediata efficacia delle leggi sullo stato personale si debba in ogni caso far consistere in una efficacia *ipso jure*". Na 3ª edição, de 1897, a citação encontra-se à p. 109.

⁴¹² GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della Relattività delle leggi*. v. 2. 1884. p. 26. Relata o autor que uma doutrina possuidora de muitos adeptos, especialmente na França, é aquela defensora da não retroatividade de lei sobre o estado pessoal que piorar a condição da pessoa, como lê-se no original: "[u]na dottrina che conta molti fautori, specialmente fra i giureconsulti francesi, è quella racchiusa in una sentenza della Cassazione di Parigi da noi citata superiormente (v. pag. 14), che cioè non si applichino retroattivamente quelle leggi sullo stato personale, le quali peggiorano la condizione delle persone. È quindi diritto acquisito, secondo la dottrina, quello di conservare una condizione personale qualunque, più favorevole di una nuova, introdotta da una legge posteriore". Na terceira edição, de 1897, a citação encontra-se à p. 32.

⁴¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 1968. p. 9-10.

⁴¹⁴ GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della Relattività delle leggi*. v.1. p. 12-3. Segundo o autor, "[a]lcuni, come Chabot de l'Allier, le chiamarono *questioni di diritto transitorio*, altri, come i Weber e il Mailher de Chassat, *teoria della retroattività delle leggi*, altri, finalmente, come il Lassalle, *teoria dei diritti acquisiti*. Fra tutte queste denominazioni, la seconda ci sembra preferibile alla prima ed alla terza."

Retroatividade da Lei por não deixar dúvidas sobre o objeto da pesquisa e enunciar os termos gerais do que compreende o assunto.

A questão da retroatividade da lei foi tratada por diversos autores europeus,⁴¹⁵ e, no Brasil foi objeto de estudo, entre outros, por Reynaldo Porchat,⁴¹⁶ Carlos Maximiliano,⁴¹⁷ Rubens Limongi França,⁴¹⁸ José Eduardo Martins Cardozo,⁴¹⁹ e, mais recentemente, por Mário Luiz Delgado Régis,⁴²⁰ em obra que resultou de tese de doutoramento.

No ordenamento brasileiro sentiu-se a especial influência dos trabalhos de Paul Roubier e Carlo Francesco Gamba, cujos ensinamentos, por sua extensão na matéria, este candidato procura extrair solução à grave desproteção aos incapazes acarretada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Paul Roubier,⁴²¹ no segundo volume de sua obra, discorre longamente sobre o estado e a capacidade das pessoas em face da lei e o conflito por ela passível de ser gerado. Segundo ele, as leis que regulam os efeitos das situações jurídicas aplicam-se *in futurum* às situações

⁴¹⁵ Confira-se, por exemplo: PACIFICI-MAZZONI, Emidio. Istituzioni di diritto civile italiano. v. 1. Firenze: Tipografia e Litografia Pellas, Editore. 1867. Confira-se ainda os muitos outros autores descritos nas p. 17-21 do vol. 1, de GABBA em sua bibliografia no início da obra. Na atualidade, confira-se: CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de direito civil. v. 1. 4. ed. reform. e atual. Coimbra: Almedina. 2017. p. 844-8.

⁴¹⁶ PORCHAT, Reynaldo. Da retroatividade das leis civis. São Paulo: Duprat. 1909.

⁴¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal: ou Teoria da retroatividade das leis. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

⁴¹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 1968. FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 3. ed. refund. e atual. do "Direito intertemporal brasileiro". São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. No prefácio desta edição de 1982 o autor esclarece que reduziu cerca de duzentas páginas da parte histórica, pois o tamanho e densidade da edição anterior era óbice ao manuseio pelos profissionais do direito com sobrecarga de trabalho e premidos pelos prazos. O autor conseguiu diminuir o texto sem, contudo, diminuir o conteúdo de excelência do tema enfrentado e o tamanho da importância que a obra alcançara. FRANÇA, Rubens Limongi. Verbete: retroatividade das leis. Enciclopédia Saraiva do Direito. coord. R. Limongi França. v. 66. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 119-206. Verbete: retroatividade das leis (direito medieval [p. 119-135]) (direito moderno pré-científico [p. 135-147]) (doutrina clássica do direito adquirido [p. 147-171]) (jurisprudência dos povos cultos p. 171-173]) (legislação dos povos cultos [p. 173-176]) (principais teorias [p. 177-204]) (síntese da oposição à doutrina clássica [p. 204-206]).

⁴¹⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

⁴²⁰ DELGADO, Mário Luiz. Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civil. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014. No capítulo 8 o autor aborda as normas sobre o estado e a capacidade das pessoas naturais, no tocante à redução da maioridade civil pelo CC/2002, e os reflexos relativamente às pensões alimentícias, benefícios previdenciários e medidas socioeducativas em curso de execução.

⁴²¹ ROUBIER, Paul. Les conflits de lois dans le temps. v. 2. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1933. p. 279-362. A citação encontra-se à p. 282-4. O autor, às p. 362-458, aborda as questões atinentes ao patrimônio familiar e o conflito de leis nesta seara. Paul Roubier trata dos *aliénés, faibles d'esprit et prodigues* a partir da p. 305-310. Rubens Limongi França (A irretroatividade das leis..., p. 58; Direito intertemporal..., p. 174), ao referir a Paul Roubier afirma que sua obra a respeito da matéria é a mais erudita entre todas as que foram elaboradas pelos escritores franceses, sendo que sedimentou em termos claros a noção de *situação jurídica*, tendo exercido grande influência entre escritores franceses e estrangeiros. Em nota de rodapé afirma que a teoria de Paul Roubier foi a inspiradora da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (LICC, agora LINDB).

com efeitos em curso, sem retroatividade (*sans qu'il y ait rétroactivité*), mas as leis que regulam a constituição das situações jurídicas não podem ser aplicadas sem retroatividade, mesmo que tais situações estejam a produzir efeitos. Todavia não afasta a imediata aplicação das leis que acarretam prejuízo relativamente ao estado da pessoa. Discorrendo sobre a questão, o estandarte da *teoria das situações jurídicas*, refletindo sobre os direitos adquiridos, afirma que a lei, regulando um estatuto legal, modifica imediatamente os efeitos da situações em curso, e, mais adiante, leciona que podemos considerar como correspondente a um direito a qualidade de cônjuge, de pai, de filho legítimo ou natural, mas não podemos ver um direito na qualidade de maior, de menor, de menor emancipado, de interdito etc., e em outros termos, aduz, podemos designar as qualidades constitutivas do estado como dando nascimento a verdadeiros direitos subjetivos, que poderíamos reclamar proteção. Mas para o autor não é o que ocorre no que concerne à capacidade, que não pode ser considerada sede de direitos subjetivos. Para ele, a situação que a lei confere aos diversos incapazes é negativa, pois resulta apenas o direito de anular atos praticados durante o tempo da incapacidade, mas a situação de incapaz em si mesma não pode ser tratada como um direito, pois não temos um direito adquirido a ser menor, a ser interdito, a ser posto em um conselho judiciário, não podendo falar-se em direitos adquiridos, pois, conclui o autor, não estamos diante de direitos subjetivos mas de simples situações jurídicas objetivas.⁴²²

Pensamos, todavia, que embora não haja um direito adquirido a ser incapaz, deve-se buscar solução para o advento de lei que piore o estado dele, incapaz, e o autor inicialmente

⁴²² ROUBIER, Paul. Les conflits de lois dans le temps. v. 2. p. 284. Conforme lemos no original: "[a]u contraire, il n'en va pas de même en ce qui concerne la capacité, que l'on ne peut jamais envisager comme le siège de droits subjectifs. La situation que la loi fait aux divers incapables est une situation toute négative, de laquelle résulte seulement le droit de faire annuler les actes passés en temps d'incapacité; mais la situation d'incapable en elle-même ne peut être traitée comme un droit; on n'a pas un droit acquis à être minor, à être interdit, à être pourvu d'un conseil judiciaire. Et ce qui est vrai de l'incapable est vrai aussi des personnes que la loi place à côté de lui pour sa protection, tuteur, curateur, conseil judiciaire, etc.; ici encore, on ne saurait parler de droits acquis; on est en face de fonctions, qui comportent à la fois des pouvoirs et des devoirs. En d'autres termes, ce ne sont pas là des droits subjectifs, mais de simples situations juridiques objectives." Após comparar as diversas teorias e seus defensores, Paul Roubier afirma, à p. 290, que, "em definitivo, o exame de todas as teorias desenvolvidas na matéria não conduz à nenhum resultado satisfatório, e a razão é que tais teorias partem da base dos "direitos adquiridos", vale dizer, de uma base subjetiva, que é insuficiente. Para o autor, partindo da noção de "situação jurídica", os princípios ordinários relativos ao efeito imediato, mas não retroativo, da lei nova sobre as situações em curso são suficientes aqui, com em todas as outras matérias, de tal sorte que não há nenhuma teoria particular a edificar. No original: "[e]n définitive, l'examen de toutes les théories développées en la matière ne conduit à aucun résultat satisfaisant: la raison en est que ces théories partent de la base des "droits acquis", c'est-à-dire d'une base subjective, qui est insuffisante. On va voir au contraire qu'en partant de la notion de "situation juridique", les principes ordinaires relatifs à l'effet immédiat, mais non rétroactif, de la loi nouvelle sur les situations en cours suffisent ici, comme en toute autre matière, de telle sorte qu'il n'y a aucune théorie particulière à édifier."

afirmara que o efeito imediato das leis sobre as situações em curso deve ser definido com cuidado sob pena de resultar em muitas hipóteses uma retroatividade verdadeira.

Carlo Francesco Gabba,⁴²³ por sua vez, aprofundando o problema no segundo volume de sua obra, inaugura suas preleções afirmando ser uma das condições pessoais anormais dos indivíduos perante o Estado justamente aquela que nasce da imperfeição natural ou acidental do desenvolvimento das faculdades humanas, necessário ao pleno exercício de todos os direitos a que por lei são atribuídos aos cidadãos, sendo exemplo a condição de menoridade bem como a do maior incapaz intelectualmente de cuidar por si de seus próprios interesses. Para o autor, o conceito de direito adquirido possui menor extensão no campo do direito pessoal do que se verifica em outras partes do direito, como por exemplo no direito contratual. Segundo ele, mesmo em matéria de estado e de capacidade pessoal existem e devem existir direitos adquiridos.

Quando se fala em retroatividade das leis novas sobre o estado e a capacidade das pessoas tem-se que estas leis fazem cessar imediatamente qualquer estado pessoal desvantajoso que não mais admitem, conforme ensina Gabba. Mas o que dizer quando a lei nova é justamente a instituidora do estado pessoal desvantajoso como é o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência? O estado pessoal anterior, relativamente aos incapazes mentais, psíquicos e intelectuais, sobretudo quando considerados *absolutamente incapazes*, ao receber proteção do direito privado nas mais diversas áreas como anteriormente vimos (ausência de fluência do prazo de prescrição; nulidade dos negócios jurídicos entabulados, etc.) mostrava-se, seguramente, um estado mais vantajoso do que aquele estabelecido pela Lei 13.146/2015. A lei nova não pode violar o direito adquirido, conquanto refira-se ao *status* pessoal. Ao invés de estabelecer direitos vantajosos, trouxe o Estatuto da Pessoa com Deficiência verdadeiro *ônus* aos incapazes ao extirpar o sistema das capacidades como dantes estabelecidos, tendo trazido verdadeira condição pessoal desvantajosa aos incapazes mentais, psíquicos e intelectuais. Vale lembrar as palavras do autor, segundo o qual "estado e capacidade são dois conceitos que não podem ser separados e contrapostos, pois o estado não é em substância outra coisa que um complexo de capacidades".

⁴²³ GABBA, Carlo Francesco. Teoria della Relatività delle leggi. v. 2. 1884. p. 1-28. Rubens Limongi França (Direito intertemporal..., 1968, p. 161) sobre Gabba afirma que aliado ao trabalho de pesquisa e tempo para ponderar sua tese entre a primeira edição e a última, e "à sua grande tenacidade intelectual e sólida visão de jurista, formada, experimentada e consolidada na Cátedra da Universidade de Pisa, ao eminente mestre foi dado propiciar, à Ciência Jurídica Universal, o mais importante trabalho, até hoje não superado, dentro da Doutrina Clássica do Direito Adquirido", trabalho que não foi excedido por autores como Affolter na Alemanha e Roubier na França".

Para Gabba, é verdade que as leis sobre o estado pessoal são imperativas, e não dispositivas, e que os direitos do estado pessoal são determinados pelo legislador segundo a exigência da moral e do bem público, não tendo em vista satisfazer pretensões pessoais. Mas isso não significa que as leis, na medida em que atribuem aos cidadãos um estado pessoal vantajoso não tenham em vista conferir às mesmas pessoas as vantagens de tal estado. Daí que o indivíduo que alcançou um estado pessoal vantajoso tem de realmente adquirido um direito ao mesmo estado, e pode pretender que a lei nova o respeite, com não menos fundamento do que aquele que pretende o respeito de qualquer outro direito adquirido, como por exemplo os direitos adquiridos patrimoniais. Se e quando se deva considerar própria e validamente adquirido um estado pessoal é questão de decidir-se de acordo com os princípios gerais relativos às características dos direitos adquiridos, vez que estes princípios podem aplicar-se a esta matéria. Preleciona o autor que em geral pode-se dizer *direitos adquiridos pessoais* aqueles direitos os quais pertencem imediatamente à pessoa revestida de um certo estado pessoal, são diretamente vantajosos a essa pessoa, e constitui-se ao mesmo tempo a verdadeira substância do próprio estado. Estes são para o doutrinador italiano, em geral, o conteúdo e os limites dos direitos adquiridos em matéria de estado pessoal.

Quando um direito surgido em razão do estado pessoal não é diretamente vantajoso àquele que dele se reveste não se pode falar em direito adquirido, no sentido de que uma lei nova não o possa alterá-lo, pois o direito privado que acompanha tal direito não é forte o bastante para contrabalancear o interesse público que exige sua cessação. Assim, exemplifica o autor, o estado de cônjuge, uma vez adquirido, não se pode perder em virtude de uma lei retroativa, enquanto que o direito de conceder a vênua conjugal pode ser retirado por uma lei posterior, pois deste direito provém meramente uma vantagem indireta ao marido.⁴²⁴

Uma vez, como acima dito, que o direito adquirido do estado pessoal não pode ser senão um direito vantajoso ao indivíduo, é certo que uma lei nova pode abolir o estado desvantajoso ou melhorar o estado pessoal, mas não pode a lei agravar o estado pessoal desvantajoso.

Ao tratar da tutela,⁴²⁵ Carlo Francesco Gabba,⁴²⁶ lembra ser ela um estado de sujeição de um indivíduo a outro, com o escopo do segundo proteger o primeiro dirigindo-lhe a

⁴²⁴ GABBA, Carlo Francesco. Teoria della Relatività delle leggi. v. 2. 1884. p. 31-2.

⁴²⁵ O instituto italiano da *tutela* é destinado tanto aos menores como aos maiores incapazes, nas palavras de Gabba, "[q]uesto stato di limitata capacità giuridica è attribuito dalla legge a tutte quelle persone le quali, o per

conduta e ao mesmo tempo administrando seus direitos e interesses, sendo um princípio fundamental de direito transitório a seu respeito o fato de que *le nuove leggi intorno alla tutela si applicano immediatamente alle tutele già aperte, e a tutte le persone esistenti le quali si trovano nelle condizioni contemplale dalla legge*, a que o autor acrescenta uma cláusula de impedimento da lei nova sobre tutela fazer rentornar à menoridade pessoas que alcançaram por qualquer modo a maioridade. Preleciona o autor que o estado de emancipação em geral, e o da tutela em particular, é um direito adquirido, assim como o é o estado de maioridade; tanto um com outro são graus de capacidade obtida conforme a lei, devendo assim ser igualmente respeitadas pela lei nova.

Carlo Francesco Gabba,⁴²⁷ igualmente, discorre sobre a interdição e a inabilitação e os reflexos da lei nova sobre tais institutos.⁴²⁸ A lei nova que regula os casos nos quais um maior deve ser colocado sob tutela como interdito devem ser imediatamente aplicada, assim como a lei nova que regular a tutela de menores. O mesmo ocorre quanto à lei que trate da inabilitação. O autor aborda as hipóteses do advento da lei que altera a condição de interdição para inabilitação e vice versa, e, afirma que nunca disse, e que agora deve excluir, que a imediata eficácia das leis sobre o estado pessoal se devam em todo caso consistir em uma eficácia *ipso jure*. Pode haver casos nos quais as condições de aplicação da nova lei exijam a intervenção do juiz, e em tais casos a imediata eficácia da lei consiste somente na possibilidade de uma imediata intervenção judicial, seja ela *ex officio*, seja ela por provocação, um desses casos, para o autor, é precisamente a alteração da inabilitação para interdição. Defende o autor, portanto, que determinadas leis sobre o estado pessoal, quando desvantajosas às pessoas às quais dirigidas, não operem automática e retroativamente, ensejando a apreciação judicial, a requerimento, ou *ex officio*, como extraiu da experiência legislativa holandesa.⁴²⁹

ragione di età, oppure, anche essendo maggiorenni, per insufficienza intellettuale sono considerate come affatto incapaci di governare da sé la propria vita e i propri beni".

⁴²⁶ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 77-9.

⁴²⁷ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 94-120.

⁴²⁸ A interdição é medida mais grave do que a inabilitação. Aquela é a condição pessoal em que é colocado um maior por sentença judicial, sendo-lhe retirada a faculdade de dispor das coisas próprias e de obrigar-se, sendo colocado sob os cuidados de um tutor ou curador que lhe administra os interesses sem sua colaboração. Esta, por sua vez, é um estado de limitada capacidade jurídica, propriamente a capacidade dispor, em que pode encontrar-se uma pessoa maior em virtude de sentença judicial, mas as restrições são menores na inabilitação do que na interdição.

⁴²⁹ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 99. O autor coloca a questão nestes termos: "[i]nvero noi non abbiamo mai detto, ed ora dobbiamo escludere che l'immediata efficacia delle leggi sullo stato personale si debba in ogni caso far consistere in una efficacia *ipso jure*".

Na Itália, quando o Código Civil de 1865 colocou o pródigo sob inabilitação somente, e não sob interdição, houve a mesma indagação, ou seja, se aplicaria de imediato ou não a lei, e surgiram três correntes ou soluções, pelos tribunais e pela doutrina, a saber: i) a sentença de interdição perdera, *ipso jure*, efeito com a entrada em vigor da nova lei; ii) a sentença de interdição fora convertida, *ipso jure*, em mera atribuição de *consulente giudiziale* ou curador; iii) a sentença conservaria todos os seus efeitos mesmo com o advento da lei nova, desde que os pródigos não tivessem requerido e obtido o levantamento da medida. Gabba discorre amplamente sobre cada uma das correntes acima, confrontando a jurisprudência e doutrinadores europeus.⁴³⁰

A transportar alguns entendimentos ao caso brasileiro, a princípio poder-se-ia entender que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência os outrora tutores tornaram-se com a nova lei em meros apoiadores aos incapazes mentais, psíquicos e intelectuais. Gabba entende que poderia haver aplicação da lei nova sem ferir algum direito adquirido de estado pessoal.⁴³¹ O autor ainda afirma que "[u]na sentenza non si può convertire in un'altra".⁴³² Assim como não se deve exagerar o respeito à coisa julgada para defender que um estado pessoal determinado por sentença transitada em julgado deva continuar a subsistir mesmo após o advento de lei que não admita tal estado, por outro lado não é lícito desrespeitar uma sentença fazendo-a produzir efeitos que não contém e que somente poderiam ser obtidos por uma nova sentença.

Para Gabba,⁴³³ a fim de dar efetividade e concretude à sentença de interdição proferida sob a vigência da lei anterior conciliando-a com a nova lei, tendo em vista que a intenção

⁴³⁰ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 100-120.

⁴³¹ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 105. No original: "[n]oi crediamo coi tribunali e cogli scrittori summentovati che alla presente quistione devesi applicare il principio fondamentale del gius transitorio personale, e che le interdizioni, delle quali è discorso, potrebbero essere fatte cessare senza ledere alcun diritto acquisito di stato personale".

⁴³² GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 110.

⁴³³ GABBA, Carlo Fancesco. Teoria della Relattività delle leggi. v. 2. 1884. p. 112-3. O autor coloca dessa maneira a questão, como lemos no original: "Noi non possiamo dunque ammettere neppure la seconda delle opinioni che ci siamo proposti di esaminare. Che se noi abbiamo negato che la sentenza d'interdizione del prodigo possa perdere ogni effetto, in modo di restituire al prodigo la piena capacità civile, senza andar contro all'intenzione del legislatore di non lasciare questa persona in balia di se stessa, e non abbiamo neppure ammesso che quella sentenza possa trasformarsi in sentenza d'inabilitazione, senza sovvertire principii giuridici inconcussi, che cosa ci rimane a pensare onde conciliare e rispettare in pari tempo questi principii e quella intenzione? Il solo modo di raggiungere questo duplice scopo sembraci consistere nel tener ferma provvisoriamente la precedente sentenza d'interdizione del prodigo, che avrebbe dovuto perdere ogni effetto in virtù dei generali principii del gius transitorio personale, fintantoché il giudice non abbia pronunziato sentenza d'inabilitazione, rivocando la prima. È questa l'ultima delle opinioni accennate da principio (p. 106), e per essa, mentre si lascia campo all'inabilitazione del prodigo voluta dalla legge nuova, e nel modo prescritto da questa, cioè mediante una nuova sentenza, si soddisfa eziandio all'intenzione del legislatore che nessun prodigo rimanga neppure per un istante in piena balia di se stesso. Egli è vero che in questa maniera rimane inapplicato il principio fondamentale del gius transitorio personale, e che per qualche tempo un individuo viene a trovarsi in

desta – *mens legis* – é proteger o incapaz, deve-se rejeitar as duas primeiras premissas acima, e aplicar a terceira proposição às questões suscitadas com a entrada em vigor da nova lei. Assim, tendo em vista que a nova lei pretende proteger o incapaz, deve a mesma ser interpretada de maneira a manter a sentença proferida antes de seu advento e sob vigência de lei anterior, dando assim concretude à proteção almejada pela nova lei, o que representa uma exceção ao princípio de aplicação imediata da lei, mas uma exceção que seria desejada pelo legislador como forma de proteção àqueles que ele considerou incapazes e vulneráveis, dignos, pois, de proteção. Nas palavras do autor, o princípio da imediata aplicação das leis pessoais, e em geral o princípio de que a lei deve receber a mais ampla aplicação possível sem violar direitos adquiridos pode ser limitado e restringido seus efeitos pelo legislador por *buone ragione di equità e di convenienza*, ou seja, o legislador pode, em virtude de razões dessa natureza, querer que uma lei pessoal, ou de qualquer outra espécie, seja aplicada tardiamente em certos casos, no mesmo modo e pelas mesmas razões pelas quais poderia retardar a publicação da mesma lei, não podendo se supor que o legislador teria desejado propor situação que prejudicasse os incapazes.

Gabba arrazoa o pensamento acima declinado tendo por pano de fundo a questão do pródigo. Ocorre que todos os seus argumentos aplicam-se integralmente aos casos de incapacidade decorrente de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual. Se houvesse o legislador extirpado do ordenamento jurídico a interdição, a lei nova abolicionista que não deixasse subsistir qualquer parte do sistema anterior teria efeito imediato sobre as interdições já pronunciadas. Mantendo-a, ainda que excepcionalmente, a interpretação a ser dada no interesse de proteção dos enfermos ou deficientes mentais, psíquicos e intelectuais necessariamente haverá de levar em conta que o legislador não pretendeu gerar desproteção, e com isso, devem ser mantidos os *efeitos* do estado pessoal dos incapazes.

Não estamos a afirmar a existência de um direito adquirido ao *status* de incapaz, como antes observamos ao expor o pensamento de Paul Roubier, mas entendemos que, na esteira das lições de Carlo Francesco Gabba, mesmo os incapazes, absoluta ou relativamente, têm direito adquirido à proteção maior contida na legislação anterior, proteção que como vimos

uno stato che la legge nuova più non ammette, ma, lo ripetiamo, tutto ciò è conforme all'intenzione del legislatore rettamente interpretata, e deve quindi ammettersi, a costo di scorgervi una eccezione a quel principio, ma una eccezione voluta dal legislatore. Egli è però vero altresì che, siccome abbiamo già notato, in tal maniera si viene in certo modo a dare applicazione immediata anche all'abolizione dell'interdizione, col rendere cioè immediatamente possibile che la interdizione medesima venga fatta cessare mediante la presentazione di una domanda d'inabilitazione."

no capítulo anterior encontrava-se espalhada por todo o *Codex*, o que impõe sua manutenção, afastando-se, pois, os deletérios efeitos da disfunção no sistema de incapacidades que o art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência causou com a alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, sob pena de um retrocesso social inconstitucional.

Portanto, em nosso sentir, a aplicação da *exceção de Gabba* permite corrigir as disfunções do sistema de incapacidades causadas com a extinção, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dos enfermos ou deficientes mentais, psíquicos ou intelectuais, e daqueles que não podem exprimir a vontade, do rol de absolutamente incapazes. Aquela que poderia ser a solução imediata, qual seja, a revogação do art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pretendida pelo Projeto de Lei 757/2015, com expressa repristinação dos arts. 3º e 4º do Código Civil, medida por nós defendida, não ultrapassou as barreiras ideológicas impostas pelos congressistas adeptos do *politicamente correto*, e, ao que se antevê, esta medida corretiva não deverá retornar ao debate no parlamento.

Ocorre, porém, como vimos acima, que a *exceção de Gabba* refere-se ao advento de lei de estado pessoal desvantajosa e a proteção aos direitos adquiridos dos incapazes que tiveram sua situação pessoal piorada pela nova lei. A defesa da *exceção de Gabba* por nós defendida faz, naturalmente, surgir a indagação quanto àqueles nascidos ou se tornados posteriormente à nova lei portadores de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual que lhes retirasse o discernimento, a vontade e o querer jurídico. Aqui há precisamente três fundamentos para aplicar-se os benefícios da lei pretérita: **i)** a aplicação do princípio da isonomia ou igualdade, de maneira a irradiar a mesma proteção que fora retirada do ordenamento jurídico pela lei pessoal desvantajosa; **ii)** a invocação do princípio do não retrocesso social, vez que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico anterior, fruto de amadurecimento social, cultural e legislativo, forneceu mais alargada proteção àqueles que a nova lei, à guisa de proteção, desprotegeu; **iii)** dever de proteção e proibição de proteção insuficiente, uma vez constatada que a Lei 13.0146/2015, ao revogar a proteção dantes conferida, mostra-se incapaz de superar a suficiente proteção conferida pelo *Codex* em sua redação anterior.

Quanto ao primeiro fundamento, qual seja, a aplicação do princípio da igualdade ou da isonomia, cumpre lembrar a lição de Alexandre de Moraes,⁴³⁴ segundo o qual a Constituição

⁴³⁴ MORAES. Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2021. p. 95.

Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico, sendo vedadas diferenciações arbitrárias e discriminações absurdas, posto que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois, aduz o autor, o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. Nas palavras Ana Paula de Barcellos,⁴³⁵ o que o princípio da isonomia veda são as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo, vedando-se, pois, o capricho, o aleatório, o desvio, operando o princípio da isonomia sempre acompanhado da razoabilidade, parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo. Assim, no caso em exame, não poderia haver desigualação para aplicação da exceção de Gabba, posto que a desigualação, para que pudesse haver no caso em análise, deveria obedecer dois princípios, a saber, o da adequação ao fim, e o da proporcionalidade.⁴³⁶

O segundo e o terceiro fundamento para estender a *exceção de Gabba* aos que nascessem ou se tornassem, posteriormente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, portadores de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual que lhes retirasse o discernimento, a vontade e o querer jurídico, é, em nosso sentir, o princípio da vedação ao retrocesso social, ou, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco,⁴³⁷ *proibição de retrocesso*, bem como dever de proteção e proibição de proteção insuficiente. Isso porque o Código Civil já trouxera uma vasta gama de proteção aos absolutamente incapazes, proteção essa que lhes foi retirada pela pestanejada do legislador, embora pensasse estar-lhe conferindo melhor situação jurídica.

Pelo princípio da proibição de retrocesso não se mostra possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, pois, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 37. ed. São Paulo: Atlas. 2021. p. 67. Confira-se ainda: TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 475-6.

⁴³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. 3. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 155.

⁴³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 41. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020. p. 247.

⁴³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2021. p. 339-40.

que atinja o núcleo essencial de tais direitos, o que de fato ocorreu com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao revogar, por seu art. 114, o sistema das incapacidades arquitetado ao longo das eras com o fim precípua de proteção, e não de discriminação no sentido pejorativo da expressão.

7 CONCLUSÃO

O tratamento conferido aos deficientes ou enfermos mentais, psíquicos e intelectuais sofreu, como vimos acima, intensa variação entre as várias civilizações e momentos históricos até que chegasse ao estado da arte insculpido no Código Civil de 2002, com ampla proteção decorrente do sistema das incapacidades previsto, proteção essa que irradiava por todos os livros do *Codex*. Os tratados internacionais sobre promoção dos direitos de pessoas com deficiência já vinham em boa medida sendo observados pelo Brasil, sendo inúmeras as leis federais, estaduais e municipais que dispuseram sobre a proteção, nas mais diversas áreas, às pessoas com deficiência.

O advento da Lei 13.146/2015, autodenominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), na tentativa de cumprir as diretrizes da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e que fora promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, promoveu uma das maiores aberrações jurídicas de que se tem notícia na história legislativa recente ao pretender equiparar, relativamente à capacidade civil, aqueles que a própria natureza desigualou, o que causou profunda desproteção àqueles que pensou proteger.

Neste ano de 2021 em que completamos cem anos da leitura, nas Arcadas, do lendário texto do ex-aluno Rui Barbosa,⁴³⁸ a saber, seu *Discurso aos Bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920* – turma da qual era paraninfo mas por problemas de saúde não pode comparecer na colação de grau ocorrida em 29.03.1921, ensejando a leitura feita pelo Professor Reinaldo Porchat – mais do que nunca necessitamos lembrar as palavras que ficaram conhecidas como *Oração aos Moços*, dentre as quais a lúcida noção de igualdade provinda de Aristóteles, no sentido de que "[a] regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem", palavras essas que foram esquecidas durante o processo legislativo que culminou no Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo art. 114 alterou sobremaneira os arts. 3º e 4º do Código Civil, gerando grave disfuncionalidade no sistema de incapacidades ao extirpar a deficiência ou enfermidade mental, psíquica ou intelectual do rol da incapacidade absoluta, colocando todos, indistintamente, na condição de capazes.

⁴³⁸ BARBOSA, Rui. *Discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920*. Edição promovida pelo mensário acadêmico. [s.d.]. p. 25.

Houve, inequivocamente, grave disfunção gerada pela Lei 13.146/2015 com a destruição do milenar instituto do sistema de incapacidades, quanto aos outrora absolutamente incapazes, retirando-lhes as amplas modalidades protetivas inseridas no Código Civil à aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual mostram-se incapazes, transitória ou permanentemente, de exprimir sua vontade e estejam privados de discernimento.

Mesmo o Projeto de Lei 757/2015, que tentou corrigir a distorção causada pela Lei 13.146/2015 com a transformação dos absolutamente incapazes em plenamente capazes ou em relativamente incapazes, a fim de que fosse revogado o art. 114 da lei e houvesse repristinação do art. 3º do Código Civil, o que entendemos seria correto e completo, não conseguiu ultrapassar a barreira existente no Congresso Nacional, sendo retirada do projeto referida proposição. Enquanto isso, verifica-se a existência de jurisprudência que procura acolmar as transformações legislativas com a manutenção da proteção anteriormente existente no ordenamento jurídico.

Após longos e aprofundados estudos, entendemos ser possível solucionar a questão das disfunções da capacidade civil geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência aplicando o que houvemos por bem denominar *exceção de Gabba*, ou seja, o ensino do italiano Carlo Francesco Gabba, contido na sua *Teoria della relattività delle leggi*, segundo o qual, em caráter excepcional, não deve ter aplicação imediata lei de estado pessoal prejudicial. Por outras palavras, não deve haver retroatividade imediata de lei de estado que prejudique a pessoa atingida pela lei nova.

Cumprir registrar, por oportuno, que não estamos a defender a existência de um direito adquirido a ser incapaz, o que de fato inexistente, como bem lançado por Paul Roubier em sua célebre obra *Les conflits de lois dans le temps*. O que defendemos, como o fez Carlo Francesco Gabba, é que os efeitos da incapacidade que importavam em proteção pela lei não podem ser retirados pela lei de estado posterior que piore a condição pessoal. É inegável que o Código Civil de 2002, antes da alteração por que passou em decorrência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, possuía maior proteção aos enfermos ou deficientes mentais, psíquicos e intelectuais, sobretudo os outrora denominados absolutamente incapazes. E essa proteção maior, na medida em que considerada *direito adquirido*, não pode ser retirada pela lei nova desvantajosa, conquanto refira-se ao estado pessoal. O direito adquirido do estado

pessoal não pode ser senão um direito vantajoso ao indivíduo, sendo vedado à lei nova impor um estado pessoal desvantajoso àqueles que estavam sob maior proteção da lei anterior.

Nessa esteira, inobstante o advento da Lei 13.146/2015, que destruiu o sistema das incapacidades transformando absolutamente incapazes em capazes, ou quando muito, em relativamente incapazes, defendemos, amparados em Gabba, que as sentenças de interdição outrora prolatadas, conservem todos os seus efeitos mesmo após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, desde que inexistisse pedido e acolhimento de levantamento das interdições pretéritas, o que enseja a manifestação judicial, *ex officio* ou em decorrência de provocação da parte, a cada caso. Tendo em vista que o legislador ao editar a Lei 13.146/2015 pretendeu proteger os incapazes, deve referida norma ser interpretada de forma a manter as sentenças proferidas sob a égide da lei anterior, pois, sendo exceção ao princípio da aplicação imediata da lei de estado é propriamente uma exceção que seria desejada pelo legislador caso anteviesse que sua proteção era na verdade desproteção.

Em outras palavras, quanto às pessoas acometidas de doença ou deficiência mental, psíquica ou intelectual, e inseridas no rol dos absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, caso houvesse o legislador através da Lei 13.146/2015 extirpado do ordenamento jurídico a interdição e a curatela, sem deixar que subsistisse qualquer parte do instituto anterior, tal lei teria efeito imediato sobre as interdições outrora pronunciadas. Todavia, mantendo tal proteção, conquanto em caráter excepcional, a interpretação mais consentânea com o ordenamento jurídico a ser conferida no interesse da proteção dos enfermos ou deficientes mentais, psíquicos ou intelectuais deve obrigatoriamente levar em consideração que o legislador não teve intenção de gerar a grave desproteção por ele gerada, e com isso devem ser mantidos todos os *efeitos* do estado pessoal dos incapazes, sem que com isso se esteja a afirmar a existência de um direito adquirido ao *status* de incapaz, mas apenas e tão somente mantendo-se-lhes íntegro o direito adquirido à maior proteção contida na lei antes do advento do estatuto especial.

Uma vez que a aplicação da *exceção de Gabba* refere-se ao advento de lei de estado pessoal desvantajoso e a proteção dos direitos adquiridos dos incapazes que tiveram sua situação pessoal piorada pela lei nova, os nascidos posteriormente à Lei 13.146/2015 ou acometidos, após ela, de enfermidade ou deficiência mental, psíquica ou intelectual, ainda assim podem valer-se dos benefícios da lei anterior, ou seja, das regras protetivas contidas no Código Civil com a redação anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo por

fundamentos: i) o princípio da isonomia ou igualdade; ii) o princípio do não retrocesso social; iii) do dever de proteção e da proibição de proteção insuficiente.

Somente assim, segundo pensamos, dar-se-á concretude aos inúmeros dispositivos protetivos contidos no Código Civil em vigor, aos acometidos de doença ou enfermidade mental, psíquica ou intelectual, com o que estar-se-á mais próximo de atingir um dos objetivos fundamentais da República brasileira, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e observando-se, em sua inteireza, a igualdade como direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. Livro 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico. 1870.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Sucessões**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Editor. 1915.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de. **Estatuto das pessoas com deficiência e a nova teoria das incapacidades: a operabilidade em risco**. In: FIUZA, César (Org.). Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 33-82.

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 20. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

_____. **Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002**. v. 1. [s. d].

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva. 2018.

AMORIM, Sebastião Luiz. **Código civil comentado: direito das sucessões, sucessão testamentária**. v. 19. coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas. 2004.

ANFOSSO, Luigi. **La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. 1907.

ARBERRY, Arthur J. **The Koran interpreted**. London: George Allen & Unwin Ltd. v. 1. 1955.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Geração. 2013.

_____. **Holocausto brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora Intrínseca Ltda. 2019.

_____; MENDZ, Armando. **Holocausto brasileiro**. Documentário. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=5eAjshaa-do>>. Acesso em 09 fev. 2021.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Contos**. Rio de Janeiro: Lombaerts e Cia. 1882.

AUDIBERT, Adrien. **Étude sur l'histoire du droit romain: la folie et la prodigalité**. Paris: L. Larose & Forcéi, Éditeurs. 1892.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

_____. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

_____. **Verbetes: estado civil.** In: Enciclopédia Saraiva do Direito. R. Limongi França (coord.). vol. 33. São Paulo: Saraiva. 1979.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. tir. São Paulo: Saraiva. 2010.

BALL, Benjamin. **Leçons sur les maladies mentales.** Paris: Asselin et C^e, Libraires de la Faculté de Médecine. 1880.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa: Código civil: parecer jurídico.** v. 32. t. 2. (1905). Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura. 1968.

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coords.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência.** Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

BARMAN, Roderick J. **Citizen Emperor: Pedro II and making Brazil, 1825-1891.** Stanford University Press. 1999.

_____. **Imperador cidadão.** São Paulo: Editora Unesp/Imprensa Oficial. 2012.

BASAGLIA, Franco; BASAGLIA, Franca Olga. **Un problema di psichiatria istituzionale (dalla vita istituzionale alla vita di comunità).** In: BASAGLIA, Franca Olga. (Org.) Basaglia Scritti. Torino: Einaudi. 1981.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; HOUQUES-FOURCADE, Maurice. **Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes.** v. 1. 2. ed. Paris: Larose. 1902.

_____. **Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes.** v. 2. 3. ed. Paris: L. Larose & L. Tenin. 1907.

_____. **Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes.** v. 4. 2. ed. Paris: L. Larose & L. Tenin. 1905.

BÉRILLON, Edgar. **L'hypnotisme et l'orthopédie mentale.** Paris: Rueff & Cie, Éditeurs. 1898.

_____. **Histoire de l'hypnotisme expérimental.** Paris: Vigot Frères, Éditeurs. 1902.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1940.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1941.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil.** v. 4. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1943.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1943.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. 6. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1919.

_____. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1943.

_____.

_____. **Direito das obrigações**. 5. ed. rev. e accresc. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1940.

_____. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. e accresc. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1938.

_____. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1943.

_____. **Direito público internacional**. 2. ed. t. 2. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 1939.

_____. **Projecto do código civil brasileiro: trabalhos da comissão especial da Câmara dos Deputados**. v. 1 e v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

_____. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1929.

BIANCHI, Giorgio. **Verbetes: Casta**. Dicionário de política. v. 1. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. v. 1. 11. ed. Trad. Carmen C. Varrile *et al.* Coord. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. p. 151.

BINGHAM, Joseph. **The antiquities of the church**. Edited by the Rev. R. Bingham. v. 1. Oxford: University Press. 1855.

BOBBIO, Norberto. **Verbetes: Fanatismo**. Dicionário político. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. v. 1. 11. ed. Trad. Carmen C. Varrile *et al.* Coord. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. p. 464-6.

BLÜMER, Hugo. **The home life of the ancient greeks**. Translated from German by Alice Zimmern. London: Cassel and Company, Limited. 1895.

BOFF, M. S.; SEKZIA, F. S.; BOTTINO, C. M. de C. **Revisão sistemática sobre prevalência de demência entre a população brasileira**. In: Revista de Medicina. v. 94. N. 3 (2015). p. 154-161. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108745/107179>>. Acesso em 14 nov. 2021.

BOMFIM, Silvano Andrade do. **Responsabilidade civil dos prestadores de serviços no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Método. 2013.

_____. **Verbetes: Pessoa natural - estado civil.** In: Dicionário de direito de família. Coords. LAGRATA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando. Cons. BENETI, Sidnei Agostinho. São Paulo: Atlas. 2015. v. 2.

BRASIL. **Collecção das decisões do governo do Império do Brazil de 1834.** v. 3. Rio de Janeiro: Thypographia Nacional. 1866.

_____. **Collecção das leis do Império do Brazil de 1831.** v. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional. 1875.

_____. **Diário do Congresso Nacional.** Seção I. ano XXXIX. Suplemento ao n. 047. 13/06/1975.

_____. **Diário do Congresso Nacional.** Seção I. Suplemento (B) ao n. 061. 13/06/1975.

_____. **Projecto de codigo civil brasileiro: trabalhos da commissão especial da Câmara dos Deputados.** v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

_____. **Projecto de código civil brasileiro: trabalhos da commissão especial da Câmara dos Deputados.** v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1902.

_____. **Projecto do codigo civil brasileiro em 1889.** Porto: Imprensa Commercial. 1906.

_____. **A Constituição e o Supremo.** 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação. 2016.

BRUSCHY, Manuel Maria da Silva. **Manual do direito civil portuguez.** v. 1. 2. ed. Lisboa: Editores Rolland & Semiond. 1868.

CAHALI, Francisco José; HIRONOKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. **O casamento da pessoa com deficiência: o estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CARDOZO, Jose Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei.** Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal.** v. 1. Lisboa: Typographia de Antonio José da Rocha. 1851.

_____. **Direito civil de Portugal.** v. 3. Typographia de Antonio José da Rocha. 1851.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto.** 3. ed. emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano. 1951.

CARVALHO, Afonso Celso Vilela de. **Exílio e morte de d. Pedro II**. In: Anuário do Museu Imperial. v. 36. 1975. Petrópolis/RJ. p. 103-17. Disponível em: <<https://museuimperial.museus.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/1975-Vol.36.pdf>>. Acesso em 09 fev. 2021.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. v. 1. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1957.

_____. **Incapacidade civil e restrições de direito**. v. 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1957.

CASSETARI, Cristiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2017.

CHARCOT, Jean-Martin. **Archives de neurologie**. Revue trimestrielle des maladies nerveuses et mentales. v. 1. Paris: Bureaus du Progrès Médical. 1880-1881.

_____. **Clinical lectures on diseases of the nervous system delivered at the infirmary of la Salpêtrière**. Trad. Thomas Savill. v. 3. London: The New Sydenham Society. 1889.

_____. **Contribution à l'étude de l'hypnotisme chez les hystériques**. 1881.

_____. **Differenti forme d'afasia: lezioni fatte nella Salpêtrière nel semestre d'estate dell'anno 1883** redatte col consenso dell'autore dal dottore G. Rummo Milano, Italia: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi. 1884.

_____. **Leçons sur les localisations dans les maladies du cerveau et de la moelle épinière**. 1876.

_____. **Oeuvres complètes de J. M. Charcot: leçons sur les maladies du système nerveux recueillies et publiées par Bourneville**. v. 1. Paris: Louis Battaille Éditeur. 1892.

_____. **Oeuvres complètes: leçons sur les maladies du système nerveux**. v. 3. Paris: Lecrosnier et Babé Libraires - Editeurs. 1890.

_____; RICHER, Paul. **Les démoniaques dans l'art**. Paris: Adrien Delahaye et Émile Lecrosnier, Editeurs. 1887.

CHAVES, Antônio. **Verbete: incapaz(es) absolutamente**. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 43. São Paulo: Saraiva. [s. d.] p. 190 e ss.

_____. **Tratado de direito civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1982.

CHIARUGI, Vincenzo. **Della pazzia in genere e in specie: trattato medico-analitico**. v. 1. Firenze: Luigi Carlieri Ed. 1793.

_____. **Della pazzia in genere e in specie: trattato medico-analitico**. v. 2 e v. 3. Firenze: Luigi Carlieri Ed. 1794.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil: parte especial: direito de família**. v. 18. São Paulo: Saraiva. 2004.

CHIRONI, Giampietro. **Istituzioni di diritto civile italiano**. v. 1. Torino: Fratelli Bocca Editori. 1888.

CLARK, James. **A memoir of John Conolly comprising a sketch of the treatment of the insane in Europe and America**. London: John Murray. 1869.

CLAUDIO, Affonso. **Estudos de direito romano: direito das pessoas**. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio. 1916.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Promulgado por S.S. o Papa João Paulo II. versão portuguesa. 4. ed. rev. Lisboa: Editorial Apostolado da Oração – Braga. 1983.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Curso de direito civil: contratos**. v. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

COLLIER, J. Payne. **The works of William Shakespeare**. v. 3. London: Whittaker & Co. Ave Maria Lane. 1842.

CONOLLY, John. **The treatment of the insane without mechanical restraints**. London: Smith, Elder & Co. 1856.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. v. 1. 4. ed. reform. e atual. Coimbra: Almedina. 2017.

CORPUS IURIS CANONICI. Per Joanne-Petro Gibert. Tomus tercius. Lugduni. 1737.

CORRAL, Ildelfonso L. García del. **Cuerpo del derecho civil romano**. t. 1. Barcelona: Jaime Moninas, Editor - Valencia. 1892.

CORREIA, Atalá. **Estatuo da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em 15 nov. 2015.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

DARWIN, Charles. **A naturalists voyage**. 2. ed. London: John Murray. 1882.

DAWSON, James. **Australian aborigines**. Melbourne: George Robertson. 1881.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DORMAN, Rushton M. **The origin of primitive superstitions**. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co. 1881.

DUARTE, Nestor. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 12. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2018.

_____. **Proteção jurídica dos bens de incapazes**. Tese de doutorado. Orientador: Yussef Said Cahali. Universidade de São Paulo. São Paulo. 1989.

ELÍAS, Clemente Fernández. **Novíssimo tratado histórico filosófico del derecho civil español**. v. 1. 2. ed. Madrid: Librería del Leocadio Lopez Editor. 1880.

ERASMO DA ROTTERDAMO. **Elogio della pazzia**. Milão: G. Daelli e Comp. Editori. 1863.

ERASMO DI ROTTERDAM. **Cicalata della follia in propria lode o sia L'Elogio della follia**. Dall'Abbate R. P. Colonia. 1787.

ESQUIROL, Jean-Etienne Dominique. **Des maladies mentales considérées sous rapports médical, hygiénique et médico-legal**. v. 1 et v. 2. Paris: J. B. Bailliére. 1838.

FARIAS, Christiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm. 2018.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad. v. 1 a 4. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva. 1962.

FETER, Natan. et al. **Quem são as pessoas com Doença de Alzheimer no Brasil? Resultados do Estudo Longitudinal da Saúde dos Idosos Brasileiros (ELSI-Brasil)**. In: Revista Brasileira de Epidemiologia. v. 24. 2021. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbepid/a/Gj8VfsHw7hZ4z7LhcFcn6DH/?format=pdf&lang=en>>. Acesso em 14 nov. 2021.

FIUZA, César (org.). SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (coords.). **Temas relevantes sobre o estatuto da pessoa com deficiência: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l'âge classique**. Paris: Gallimard. 1972.

_____. **História da loucura na idade clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva. 1978.

_____. **Os anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed. refund. e atual. do "Direito intertemporal brasileiro". São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

_____. **Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 1968.

_____. **Manual de direito civil**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1980.

_____. **Verbetes: retroatividade das leis** (direito medieval [p. 119-135]) (direito moderno pré-científico [p. 135-147]) (doutrina clássica do direito adquirido [p. 147-171]) (jurisprudência dos povos cultos p. 171-173) (legislação dos povos cultos [p. 173-176]) (principais teorias [p. 177-204]) (síntese da oposição à doutrina clássica [p. 204-206]). Enciclopédia Saraiva do Direito. coord. R. Limongi França. v. 66. São Paulo: Saraiva. 1981.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Anotada por Martinho Garcez. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos. 1915

_____. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1876. Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal. 2003. v.1.

_____. **Esboço de Código Civil**. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores: Serviço de documentação. 1952.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della relatività delle leggi**. v.1. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1891.

_____. **Teoria della relatività delle leggi**. v. 2. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1884.

_____. **Teoria della relatività delle leggi**. v. 2. 3. ed. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1897.

_____. **Teoria della relatività delle leggi**. v. 3. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1897.

_____. **Teoria della relatività delle leggi**. v. 4. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice. 1898.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel elementaire de droit romain**. Quatrième Édition Revue et Augmentée. Paris: Arthur Rousseau, Editor. 1906.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 15. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2021.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

_____. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2022.

_____. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2022.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro: parte geral**. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1951.

_____. **Tratado de direito civil**. 2. ed. atual. e aum. 1. ed. brasileira. v. 1. t 1. Anotado por José de Aguiar Dias. São Paulo: Max Limonad. 1955.

GRIOLET, Gaston; VERGÉ, Charles; KOEHLER. **Dictionnaire pratique de droit**. v. 1. Paris: Dalloz. 1909.

HIPPOCRATES. English translation by W. H. S. Jones. v. 1. London: William Heinemann. 1923.

_____. English translation by W. H. S. Jones. v. 2. London: William Heinemann. 1923.

IRELAND, William W. **The mental affections of children: idiocy, imbecility, and insanity**. 2. ed. London: J. & A. Churchill. 1900.

IVES, George. **Penal methods of the middle ages: criminals, witches, lunatics**. Edinburgh: R & R Clark. 1910.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. v. 1. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1938.

KRAFFT-EBING, Richard von. **La responsabilità criminale e la capacità civile**. Traduzione del Prof. A. Raffaele. Napoli: Carlo La Cava Editore. 1866.

_____. **Psychopathia sexualis**. Authorized translation of the seventh enlarged and revised german edition by Charles Gilbert Chaddock. Philadelphia: The F. A. Davis Co., Publishers. 1893.

_____. **Psychopathia sexualis**. Traduit sur la huitième édition allemande par Émile Laurent et Sigismund Csapo. Paris: Georges Carré, Éditeur. 1895.

_____. **Text-book of insanity**. Translation from the last german edition by Charles Gilbert Chaddock, with an introduction by Frederick Peterson. Philadelphia: F. A. Davis Company, Publishers. 1905.

_____. **Trattato clinico pratico delle malattie mentali**. v. 1. Traduzione dei dottori Silvio Tonnini e Giuseppe Amadei. Torino: Fratelli Bocca Librai di S. M. 1885.

_____. **Trattato clinico pratico delle malattie mentali**. v. 2. Traduzione dei dottori Silvio Tonnini e Giuseppe Amadei. Torino: Fratelli Bocca Librai di S. M. 1886.

KÜMPPEL, Victor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/225012/a-destruicao-da-teoria-das-incapacidades-e-o-fim-da-protecao-aos-deficientes>>. Acesso em: 15 nov. 2021.

LA SAINTE BIBLE: texte de la Vulgate, traduction française en regard avec commentaires. Évangile selon S. Marc. Traductio française par M. l'abbé BAYLE. Commentaires par M. l'abbé L. Cl. FILLION. Paris: P. Lethielleux, Libraire-Éditeur. 1895.

LANE, Edward William. **Manners and customs of the modern egyptians**. London: Ward, Lock and Co. Limited. 1902.

LARA, Mariana Alves. **A teoria das incapacidades no direito brasileiro: por uma reformulação**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2017.

_____; PEREIRA, Fábio Queiroz. **Estatuto da pessoa com deficiência: proteção ou desproteção?** In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.). *A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2018.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (coords.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência (lei federal n. 13.146/2015): reflexo patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. v. 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal. 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

_____. **Direito civil: famílias**. v. 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

- LOMBROSO, Cesare. **Genio e follia**. 2. ed. Milano: Gaetano Brigola, Editore. 1872.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1. 8. ed. rev. e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996.
- LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)**. v. 1. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva. 2004.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1871. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: STJ. 2004.
- MACKELDEY, Ferdinand. **Elementos de direito romano**. Tradução da edição francesa por Antonio Bento de Faria. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor. 1907.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021.
- MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MAGNIN, Paul. **Étude clinique et expérimentale sur l'hypnotisme de quelques effets des excitations périphériques chez les hystéro-épileptiques**. Paris: A. Delahaye et E. Lecrosnier, Éditeurs. 1884.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2018.
- _____; _____. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2021.
- _____; _____. **Curso de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.
- MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (coords.). **Estatuto da pessoa com deficiência: comentários à lei 13.146/2015**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.
- MATTA, Caeiro da. **Direito civil português: parte geral**. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1907.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958.
- _____. **Direito intertemporal: ou Teoria da retroatividade das leis**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1946.
- _____. Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. v. 1. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MENEZES, Joceane Bezerra. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. In: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil. Belo Horizonte. v. 12. p. 137-71. abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/37/31>>. Acesso em 8 out. 2017.

_____. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____. **O direito protetivo no Brasil após convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. In: Revista civilística. ano 4. n. 1. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em 09 fev. 2021.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência**. In: Revista Pensar. v. 21. n. 2. p. 568-99. maio/ago 2016.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Menores e loucos em direito criminal**. 2. ed. Recife: Typographia Central. 1886.

MERCIER, Charles Arthur. **Sanity and insanity**. 2. ed. London: The Walter Scott Publishing Co., Ltd. 1905.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 4. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 9. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1974.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 24. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1971.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 42. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1972.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 55. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1968.

_____. **Tratado de direito privado**. v. 56. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1968.

MARCHI, Eduardo C. Silveira; RODRIGUES, Dárcio. R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. **Comentários ao código civil brasileiro: estudo comparativo e tradução de suas fontes romanas: parte geral**. São Paulo: Atlas. 2013.

MONCADA, Luis Cabral de. **Elementos de história do direito romano: fontes e instituições**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1923.

_____. **Elementos de história do direito romano: parte geral**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora Ltda. 1924.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 45. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva. 2016.

_____. **Curso de direito civil**. v. 2. 43 ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas. 2021.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2021.

MOREIRA, Guilherme Alves. **Instituições de direito civil português**. v. 1. 1907.

MOSSÉ, Benjamin. **Dom Pedro II imperador do Brasil**. São Paulo: Edições Cultura Brasileira S/A. (Collecção Grandes Homens. v. 11. Vida de Dom Pedro II). 1890.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo**. Giovanni Ettore Nanni (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. até 03.06.2019. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil. 2019.

_____; _____. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD): notícia do novo sistema brasileiro**. In: Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB). Ano 2 (2016) n. 1. p. 1541-61.

_____; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1957.

NOUUM TESTAMENTUM DOMINI NOSTRI IESU CHRISTI LATINE. secundum editionem sancti Hieronymi. Iohannes Wordsworth et Henrico Iuliano White. Oxonii (Oxford): E. Typographeo Clarendoniano. 1889.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Istituzioni di diritto civile italiano**. v. 1. Firenze: Tipografia e Litografia Pellas, Editore. 1867.

PLATONE. **Fedro**. Traduzione di Emidio Martini. Torino: G. B. Paravia & C. 1935.

_____. **Fedro**. Tradotto da Cesare Dalbono. Napoli: Tipografia Italiana. 1869.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil**. v. 1. 33. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

_____. **Instituições de direito civil: contratos**. v. 3. 24. ed. rev. e atual. por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgílio Maia & Comp. 1918.

PINEL, Philippe. **A treatise on insanity**. Sheffield, England: W. Todd. 1806.

_____. **La médecine clinique rendue plus précise et plus exacte par l'application de l'analyse, ou recueil et résultat d'observations sur les maladies aiguës, faites à la Salpêtrière**. 2. ed. Paris: J. Ant. Brosson, Libraire. 1804.

_____. **Mémoire sur la manie périodique ou intermittente**. Paris: L'Imprimerie de Crapelet: chez Maradan, Libraire. 1802.

_____. **Nosographie philosophique: methode medicine**. Paris: de L'Imprimerie de Crapelet: chez Maradan, Libraire. v. 1. 1797. v. 1. 5. ed. 1813. v. 2. 6. ed. 1818. v. 3. 6. ed. 1818.

_____. **Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale**. 2. ed. Paris: J. Ant. Brosson, Libraire. 1809.

PINEL, Scipion. **Physiologie de l'homme aliéné**. Paris: Rouvier et E. Le Bouvier. 1833.

_____. **Traité complet du régime sanitaire des aliénés**. Paris: Mauprivez, Éditeur. 1836.

PINTO JUNIOR, João José. **Curso elementar de direito romano**. Pernambuco: Typographia Economica. 1888.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

PORCHAT, Reynaldo. **Da retroactividade das leis civis**. São Paulo: Duprat & Comp. 1909.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

RATTON, Helvécio. **Em nome da razão**. Documentário. 1979. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cvjyjwI4G9c>>. Acesso em 09 fev. 2021.

REALE, Miguel. **Código civil brasileiro no debate parlamentar: elementos históricos da elaboração da Lei n. 10.406, de 2002**. MENCK, José Theodoro Mascarenhas (Org.). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara. 2012.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 2. t. 2. Rio de Janeiro: B. L. Garnier. 1880.

ROCCO, Nicola. **La capacità civile del religioso professo**. Palermo: Dalla Stamperia di Fancesco Lao. 1840.

ROCHA, Manuel António Coelho da. **Instituições de direito civil portuguez**. v. 1. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1852. p. 34.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projecto do código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1893.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **O alienado no direito civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Companhia Nacional. 1939.

RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. **Direito civil: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. In: Anais do X Congresso Brasileiro de Direito de Família: famílias nossas de cada dia. Belo Horizonte, MG: IBDFAM. 2016. p. 505-14.

_____. **A tomada de decisão apoiada**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>>. Acesso em 09 fev. 2021

_____. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Cláudio Luiz Bueno de Godoy...[et al.]. coord. Cezar Peluso. 15. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole. 2021.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. 2. ed. Paris: Éditions Dalloz et Sirey. 1960.

_____. **Les conflits de lois dans le temps**. v. 1. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1929.

_____. **Les conflits de lois dans le temps**. v. 2. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1933.

ROUZZEAUD, Camille. **L'hypnotisme et la psychothérapie au XVI^e Siècle**. Thèse pour le doctorat en médecine. Faculté de Médecine de Paris. Paris: Jouve & Cie, Éditeurs. 1918.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. v. 1. Tradução da 6. ed. italiana por Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva. 1934.

_____. **Instituições de direito civil**. v. 2. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos códigos civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva. 1934.

RUSH, Benjamin. **Medical inquiries and observations upon the diseases of the mind**. Philadelphia: Kimber & Richardson. 1812.

SÃO PAULO. Lei Municipal 16.525, de 25 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipId=7K7611N43GKA4e5AN4SD8RNF4CJ>>. Acesso em 14 nov. 2021.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Trad. Jacinto Mesía Y Manuel Poley. v. 1. Madrid: F. Góngora Y Compañia, Editores. 1878.

_____. **Traité de droit romain**. v. 2. Traduit de l'Allemand par M. Charles Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères. 1855.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

SCHOOLCRAFT, Henry Rowe. **History condition and prospects of the indian tribes of the United States**. v. 4. Philadelphia: Lippincott, Grambo & Co. 1854.

SECO, Antonio Luis de Sousa Henrique. **Manual histórico de direito romano**. Coimbra: Imprensa da Universidade. 1848.

SECONDO, Laura. **La legislazione e le malattie mentali: saggio**. Torino: Tipografia G. Favale e Comp. 1867.

SEMELAIGNE, René. **Aliénistes et philanthropes: les Pinel et les Tuke**. Paris: G. Steinheil Editor. 1912.

_____. **Études historiques sur l'aliénation mentale dans l'antiquité**. v.1. Paris: P. Asselin. 1869.

_____. **Les grands aliénistes français**. Paris: G. Steinheil, Editor. v. 1. 1894.

_____. **Les pionniers de la psychiatrie française avant et après Pinel**. v. 1. Paris: Librairie J. B. Baillièrre et Fils. 1930.

_____. **Les pionniers de la psychiatrie française avant et après Pinel**. v. 2. Paris: Librairie J. B. Baillièrre et Fils. 1932.

_____. **Philippe Pinel et son oeuvre: au point de vue de la médecine mentale**. Paris: Imprimeries Réunies. 1888.

SIDOU, J. M. Othon. **O ingresso na maioria (à luz do código civil e do direito comparado)**. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985. v. 20. n. 26. p. 125-131.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte I e II)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>> e <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em 13 out. 2017.

_____. **Responsabilidade civil da pessoa com deficiência: o estatuto do retrocesso em termos civis**. In: Liber amicorum Teresa Ancona Lopez: estudos sobre responsabilidade civil. Coords. José Fernando Simão e Tiago Pavinatto. São Paulo: Almedina. 2021. p. 421-437.

SIMMONS, Harvey Gerald. **From asylum to welfare**. Downsview, Ontário (Canada): National Institute on Mental Retardation. 1982.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. **Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades**. In: Revista civilística. ano 5. n. 1. 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com>>. Acesso em 09 fev. 2021.

SUPER INTERESSANTE. **Anatomia da loucura**. 31 mar. 1991. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/anatomia-da-loucura/>>. Acesso em 09 fev. 2021.

TANZI, Eugenio. **Trattato delle malattie mentali**. Milano: Società Editrice Libreria. 1905.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. v. 1. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Forense. 2021.

_____. **Direito civil: direito de família**. v. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

_____. **O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa**. In: Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 10. n. 2. jul./dez. 2016. p. 68 e 71.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

TAVARES, José Maria Joaquim. **Os princípios fundamentais do direito civil**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, Lim. 1922.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. v. 6. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

_____; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coords.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

THE KORAN. Translated from the arabic by the Rev. J. M. Rodwell. London: J. M. Dent & Sons Ltd. 1909.

THE VULGATE NEW TESTAMENT, with the douay version of 1582. London: Samuel Bagster and Sons. 1872.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2022.

THOMAE AQUINATIS, S. **Summae Theologicae**. Tercia pars. Antuerpiae: Ex officina Christophori Plantini. 1569.

THOMAS AQUINAS, St. **The Summa Theologica**. Part III. Literally translated by fathers of the english dominican province. Third number. QQ. LX – LXXXIII. London: Burns Oates and Washbourne Ltd. 1923.

THOMAS AQUINAS, St. **The Summa Theologica**. Third Part (Supplement). QQ. XXXIV – LXVIII. Literally translated by fathers of the english dominican province. London: Burns Oates and Washbourne Ltd. 1922.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O direito à educação da criança e adolescente com deficiência**. In: Os direitos civis da pessoa com deficiência. Coord. Eduardo Tomasevicius Filho. 1. ed. São Paulo: Almedina. 2021.

_____. **O entendimento jurisprudencial do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 30 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-30/direito-civil-atual-entendimento-jurisprudencial-estatuto-pessoa-deficiencia>>. Acesso em 05 nov. 2017.

TUKE, Daniel Hack. **Chapters in the history of the insane in the british isles**. London: Kegan Paul, Trench & Co. 1882.

_____. **The insane in the United States & Canada**. London: H. K. Lews. 1885.

UOL. <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/04/14/proporcao-de-brasileiros-com-demencia-mais-que-dobra-em-30-anos.htm>>. Acesso em em 14 nov. 2021.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord. da 6. ed.). Ricardo Fiuza (coord. até a 5. ed.). São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. **Testamentos**. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP. 1993.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A família e a filiação**. São Paulo: s/n. 1996. Tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para provimento do cargo de Professor Titular.

VOLTAIRE. Dictionnaire philosophique. t. 5. Paris: Chez L'Editeur. 1822.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito de empresa**. v. 8. Com a colaboração de Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald. São Paulo: Saraiva. 2012.

WESTERMARCK, Edward. **The origin and development of moral ideas**. v. 1. London: Macmillan and Co., Limited. 1906.

WHIBLEY, Leonard. **Greek oligarchies: their character and organisation.** New York: G. P. Putnam's Sons. 1896.

WILLIAMS. Joseph. **An essay on the use of narcotics and other remedial agents calculated to produce sleep in the treatment of insanity.** London: John Churchill. 1845.