

O EPD e o Paradoxo entre o Direito Civil e o Direito Penal

Gabriela Carvalho Kanitz

Resumo:

O presente artigo trata do paradoxo criado entre o Direito Civil e Direito Penal a partir da entrada em vigor da LEI 13146/2015 – Estatuto das Pessoas com Deficiência. Traz os conceitos de Capacidade e Culpabilidade daquelas disciplinas e aponta para possíveis problemas de segurança jurídica, questionando se o EPD, em determinadas situações, será realmente instrumento da dignidade humana.

Palavras Chave: deficiência, transtorno mental, capacidade, culpabilidade, discernimento

Introdução:

Desde a sua entrada em vigor, o EPD (Estatuto da Pessoa com Deficiência), tem sido uma lei muito aplaudida, não sem razão. Contudo, traz, em si, a criação de um paradoxo (senão antinomia) entre o Direito Penal e o Direito Civil, bem como muitas perguntas ainda sem respostas de qual forma, na prática, se dará a sua aplicação.

A Lei de nº 13146/2015 veio disciplinar a matéria dos direitos dos deficientes, tendo por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da qual o Brasil é signatário e cujo texto foi ratificado pelo Congresso Nacional, entrando no nosso ordenamento jurídico com status de emenda constitucional.

Ao definir pessoa com deficiência, no seu art. 2º., o EPD informa que *“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”*. Ou seja, trata-se de forma igual as pessoas com deficiência física daquelas portadoras de transtornos mentais. Malgrado, ambas tenham um *“impedimento de longo prazo”*, a sua natureza é bastante diferente, decorrendo daí diferentes situações e necessidades.

Portanto, a priori, poder-se-ia presumir a existência de uma natural separação entre as diferentes naturezas das deficiências. Não para limitar de forma preconceituosa, mas para proteger aqueles que necessitam de uma atenção maior, devido a condições, muitas vezes intransponíveis.

A partir desta ideia de proteção, á que nasce a segunda consideração, que, em verdade, é mesmo uma indagação. Até que ponto o EPD, na justa intenção de promover a dignidade da pessoa humana, ao contrário de sua intenção, vai de encontro a ela?

Deficiências – alguns comentários:

Está no campo da obviedade que as deficiências são desiguais e por isto mesmo marcam seus portadores com diferentes dificuldades perante a vida cotidiana. Um deficiente físico cadeirante terá muitas dificuldades na locomoção em cidades brasileiras, desaparelhadas para atendê-los. Um cego também terá grandes dificuldades para localizar-se

e caminhar sozinho nas nossas ruas. Contudo, provavelmente, ambos não terão problemas na comunicação interpessoal.

Por outro lado um surdo ou mudo encontrarão outros tipos de problemas, muito mais ligados a linguagem e a comunicação, embora não tenham problemas para locomoção. A depender das dificuldades com a linguagem, em certos casos, isso pode mesmo afetar a sua compreensão de certos fatos da vida.

Um terceiro grupo de pessoas terá outros problemas, especialmente ligados a compreensão/comunicação de forma geral. São aquelas acometidas por questões ligadas à mente. São os ditos portadores de transtornos mentais. Apenas dentro deste grupo há uma diversidade enorme de condições diferentes, multiplicidade de variações e graus diversos de comprometimento. A verdade é que o cérebro humano é ainda uma fronteira com muito a se explorar. E quanto mais se sabe, parece que há muito mais a ser descoberto.

O mais completo manual de descrição de distúrbios e doenças mentais é o DSM, sigla para Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, publicado pela Associação Psiquiátrica Americana (APA), que está na sua quinta edição. A primeira delas foi publicada em 1953, seguida pela segunda em 1968, terceira em 1980, quarta em 1994 e por fim a última de 2013.

Apenas pela listagem dos capítulos desta obra, percebe-se que estamos lidando com um campo multifacetado e complexo de conhecimento:

- Transtornos do neurodesenvolvimento;
- Gama da esquizofrenia e outros transtornos psicóticos;
- Transtorno bipolar e outros transtornos relacionados;
- Transtornos depressivos;
- Transtornos de ansiedade;
- Transtorno obsessivo-compulsivo e outros transtornos relacionados;
- Trauma e transtornos relacionados ao estresse;
- Transtornos dissociativos;
- Sintomas somáticos e outros transtornos relacionados;
- Alimentação e outros transtornos relacionados;
- Transtornos de excreção;
- Transtornos do sono e vigília;
- Disfunções sexuais;
- Disforia de Gênero;
- Transtornos disruptivos, controle dos impulsos e conduta;
- Transtornos relacionados a substância e adição;
- Transtornos neurocognitivos;
- Transtornos de personalidade;
- Transtornos parafílicos;
- Outros transtornos mentais;
- Transtornos induzidos por medicamentos;
- Outros efeitos adversos de medicamentos;
- Outras condições que podem ser foco de atenção clínica

Dentro de cada um destes capítulos há ainda diversas subdivisões. Vejamos o primeiro dos capítulos, voltado a problemas de desenvolvimento neurológico:

- Deficiência Intelectuais;

- Transtornos da Comunicação;
- Transtorno do Espectro Autista;
- Transtorno de Déficit de Atenção/Hiperatividade;
- Transtorno Específico da Aprendizagem;
- Transtorno Motores.

Mas o que seria um transtorno mental? O DSM assim define-o:

*“Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na **cognição**, na **regulação emocional** ou no **comportamento** de um indivíduo que reflete um disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental” (DSM V, pag. 20)*

Um dos transtornos listados - o Espectro Autista atinge especialmente as competências sociais dos seus portadores. Por si só, apresenta 3 níveis de gravidade, abarcando uma gama enorme de prejuízos sociais e, podendo chegar a graves prejuízos cognitivos, como se pode deduzir da leitura do quadro abaixo:

TABELA 2 Níveis de gravidade para transtorno do espectro autista

Nível de gravidade	Comunicação social	Comportamentos restritos e repetitivos
Nível 3 “Exigindo apoio muito substancial”	Déficits graves nas habilidades de comunicação social verbal e não verbal causam prejuízos graves de funcionamento, grande limitação em dar início a interações sociais e resposta mínima a aberturas sociais que partem de outros. Por exemplo, uma pessoa com fala inteligível de poucas palavras que raramente inicia as interações e, quando o faz, tem abordagens incomuns apenas para satisfazer a necessidades e reage somente a abordagens sociais muito diretas.	Inflexibilidade de comportamento, extrema dificuldade em lidar com a mudança ou outros comportamentos restritos/repetitivos interferem acentuadamente no funcionamento em todas as esferas. Grande sofrimento/dificuldade para mudar o foco ou as ações.
Nível 2 “Exigindo apoio substancial”	Déficits graves nas habilidades de comunicação social verbal e não verbal; prejuízos sociais aparentes mesmo na presença de apoio; limitação em dar início a interações sociais e resposta reduzida ou anormal a aberturas sociais que partem de outros. Por exemplo, uma pessoa que fala frases simples, cuja interação se limita a interesses especiais reduzidos e que apresenta comunicação não verbal acentuadamente estranha.	Inflexibilidade do comportamento, dificuldade de lidar com a mudança ou outros comportamentos restritos/repetitivos aparecem com frequência suficiente para serem óbvios ao observador casual e interferem no funcionamento em uma variedade de contextos. Sofrimento e/ou dificuldade de mudar o foco ou as ações.
Nível 1 “Exigindo apoio”	Na ausência de apoio, déficits na comunicação social causam prejuízos notáveis. Dificuldade para iniciar interações sociais e exemplos claros de respostas atípicas ou sem sucesso a aberturas sociais dos outros. Pode parecer apresentar interesse reduzido por interações sociais. Por exemplo, uma pessoa que consegue falar frases completas e envolver-se na comunicação, embora apresente falhas na conversação com os outros e cujas tentativas de fazer amizades são estranhas e comumente malsucedidas.	Inflexibilidade de comportamento causa interferência significativa no funcionamento em um ou mais contextos. Dificuldade em trocar de atividade. Problemas para organização e planejamento são obstáculos à independência.

Figura 1 - Tabela de Níveis de Gravidade para Transtorno do Espectro Autista, DSM, p. 52.

A descrição das consequências funcionais do dito transtorno ainda na mesma obra:

Consequências Funcionais do Transtorno do Espectro Autista

Em crianças pequenas com transtorno do espectro autista, a ausência de capacidades sociais e comunicacionais pode ser um impedimento à aprendizagem, especialmente à aprendizagem por meio da interação social ou em contextos com seus colegas. Em casa, a insistência em rotinas e a aversão à mudança, bem como sensibilidades sensoriais, podem interferir na alimentação e no sono e tornar os cuidados de rotina extremamente difíceis (p. ex., cortes de cabelo, cuidados dentários). As capacidades adaptativas costumam estar abaixo do QI medido. Dificuldades extremas para planejar, organizar e enfrentar a mudança causam impacto negativo no sucesso acadêmico, mesmo para alunos com inteligência acima da média. Na vida adulta, esses indivíduos podem ter dificuldades de estabelecer sua independência devido à rigidez e à dificuldade contínuas com o novo.

Muitos indivíduos com transtorno do espectro autista, mesmo sem deficiência intelectual, têm funcionamento psicossocial insatisfatório na idade adulta, conforme avaliado por indicadores como vida independente e emprego remunerado. As consequências funcionais no envelhecimento são desconhecidas; isolamento social e problemas de comunicação (p. ex., redução da busca por ajuda) provavelmente têm consequências para a saúde na velhice.

Figura 2 - Trecho do DSM que trata das consequências funcionais do Transtorno do Espectro Autista, p. 57

Como se não bastasse, muitas destas síndromes ou transtornos não vêm sozinhos, de forma pura, mas associados – o que na linguagem médica é chamado de comorbidade. No caso do autismo ocorre frequentemente associado com comprometimento intelectual e transtorno estrutural de linguagem.

Outro tipo de transtorno que atinge muito gravemente seus portadores é o transtorno do desenvolvimento intelectual. Apenas a análise dos critérios usados para seu diagnóstico já traz o vislumbre de uma vida permanentemente dependente (em algum grau) do seu portador:

- A. Déficits em funções intelectuais como raciocínio, solução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica e aprendizagem pela experiência confirmados tanto pela avaliação clínica quanto por testes de inteligência padronizados e individualizados.
- B. Déficits em funções adaptativas que resultam em fracasso para atingir padrões de desenvolvimento e socioculturais em relação a independência pessoal e responsabilidade social. Sem apoio continuado, os déficits de adaptação limitam o funcionamento em uma ou mais atividades diárias, como comunicação, participação social e vida independente, e em múltiplos ambientes, como em casa, na escola, no local de trabalho e na comunidade.
- C. Início dos déficits intelectuais e adaptativos durante o período do desenvolvimento.

Figura 3 - Critérios de diagnóstico para Transtorno de Desenvolvimento Intelectual. DSM, p 33

Aqui também há níveis de comprometimento – leve, moderada, grave e profunda:

TABELA 1 Níveis de gravidade para deficiência intelectual (transtorno do desenvolvimento intelectual) (continuação)

Nível de gravidade	Domínio conceitual	Domínio social	Domínio prático
Moderada	Durante todo o desenvolvimento, as habilidades conceituais individuais ficam bastante atrás das dos companheiros. Nos pré-escolares, a linguagem e as habilidades pré-acadêmicas desenvolvem-se lentamente. Nas crianças em idade escolar, ocorre lento progresso na leitura, na escrita, na matemática e na compreensão do tempo e do dinheiro ao longo dos anos escolares, com limitações marcadas na comparação com os colegas. Nos adultos, o desenvolvimento de habilidades acadêmicas costuma mostrar-se em um nível elementar, havendo necessidade de apoio para todo emprego de habilidades acadêmicas no trabalho e na vida pessoal. Assistência contínua diária é necessária para a realização de tarefas conceituais cotidianas, sendo que outras pessoas podem assumir integralmente essas responsabilidades pelo indivíduo.	O indivíduo mostra diferenças marcadas em relação aos pares no comportamento social e na comunicação durante o desenvolvimento. A linguagem falada costuma ser um recurso primário para a comunicação social, embora com muito menos complexidade que a dos companheiros. A capacidade de relacionamento é evidente nos laços com família e amigos, e o indivíduo pode manter amizades bem-sucedidas na vida e, por vezes, relacionamentos românticos na vida adulta. Pode, entretanto, não perceber ou interpretar com exatidão as pistas sociais. O julgamento social e a capacidade de tomar decisões são limitados, com cuidadores tendo que auxiliar a pessoa nas decisões. Amizades com companheiros com desenvolvimento normal costumam ficar afetadas pelas limitações de comunicação e sociais. Há necessidade de apoio social e de comunicação significativo para o sucesso nos locais de trabalho.	O indivíduo é capaz de dar conta das necessidades pessoais envolvendo alimentar-se, vestir-se, eliminações e higiene como adulto, ainda que haja necessidade de período prolongado de ensino e de tempo para que se torne independente nessas áreas, talvez com necessidade de lembretes. Da mesma forma, participação em todas as tarefas domésticas pode ser alcançada na vida adulta, ainda que seja necessário longo período de aprendizagem, que um apoio continuado tenha que ocorrer para um desempenho adulto. Emprego independente em tarefas que necessitem de habilidades conceituais e comunicacionais limitadas pode ser conseguido, embora com necessidade de apoio considerável de colegas, supervisores e outras pessoas para o manejo das expectativas sociais, complexidades de trabalho e responsabilidades auxiliares, como horário, transportes, benefícios de saúde e controle do dinheiro. Uma variedade de habilidades recreacionais pode ser desenvolvida. Estas costumam demandar apoio e oportunidades de aprendizagem por um longo período de tempo. Comportamento mal-adaptativo está presente em uma minoria significativa, causando problemas sociais.

TABELA 1 Níveis de gravidade para deficiência intelectual (transtorno do desenvolvimento intelectual) (continuação)

Nível de gravidade	Domínio conceitual	Domínio social	Domínio prático
Grave	Alcance limitado de habilidades conceituais. Geralmente, o indivíduo tem pouca compreensão da linguagem escrita ou de conceitos que envolvam números, quantidade, tempo e dinheiro. Os cuidadores proporcionam grande apoio para a solução de problemas ao longo da vida.	A linguagem falada é bastante limitada em termos de vocabulário e gramática. A fala pode ser composta de palavras ou expressões isoladas, com possível suplementação por meios alternativos. A fala e a comunicação têm foco no aqui e agora dos eventos diários. A linguagem é usada para comunicação social mais do que para explicações. Os indivíduos entendem discursos e comunicação gestual simples. As relações com familiares e pessoas conhecidas constituem fonte de prazer e ajuda.	O indivíduo necessita de apoio para todas as atividades cotidianas, inclusive refeições, vestir-se, banhar-se e eliminação. Precisa de supervisão em todos os momentos. Não é capaz de tomar decisões responsáveis quanto a seu bem-estar e dos demais. Na vida adulta, há necessidade de apoio e assistência contínuos nas tarefas domésticas, recreativas e profissionais. A aquisição de habilidades em todos os domínios envolve ensino prolongado e apoio contínuo. Comportamento mal-adaptativo, inclusive autolesão, está presente em uma minoria significativa.
Profunda	As habilidades conceituais costumam envolver mais o mundo físico do que os processos simbólicos. A pessoa pode usar objetos de maneira direcionada a metas para o autocuidado, o trabalho e a recreação. Algumas habilidades visuoespaciais, como combinar e classificar, baseadas em características físicas, podem ser adquiridas. A ocorrência concomitante de prejuízos motores e sensoriais, porém, pode impedir o uso funcional dos objetos.	O indivíduo apresenta compreensão muito limitada da comunicação simbólica na fala ou nos gestos. Pode entender algumas instruções ou gestos simples. Há ampla expressão dos próprios desejos e emoções pela comunicação não verbal e não simbólica. A pessoa aprecia os relacionamentos com membros bem conhecidos da família, cuidadores e outras pessoas conhecidas, além de iniciar interações sociais e reagir a elas por meio de pistas gestuais e emocionais. A ocorrência concomitante de prejuízos sensoriais e físicos pode impedir muitas atividades sociais.	O indivíduo depende de outros para todos os aspectos do cuidado físico diário, saúde e segurança, ainda que possa conseguir participar também de algumas dessas atividades. Aqueles sem prejuízos físicos graves podem ajudar em algumas tarefas diárias de casa, como levar os pratos para a mesa. Ações simples com objetos podem constituir a base para a participação em algumas atividades profissionais com níveis elevados de apoio contínuo. Atividades recreativas podem envolver, por exemplo, apreciar ouvir música, assistir a filmes, sair para passear ou participar de atividades aquáticas, tudo isso com apoio de outras pessoas. A ocorrência concomitante de prejuízos físicos e sensoriais é barreira frequente à participação (além da observação) em atividades domésticas, recreativas e profissionais. Comportamento mal-adaptativo está presente em uma minoria significativa.

Figura 4 – Tabela de níveis de gravidade para Transtorno de Desenvolvimento Intelectual. DSM, ps 34 a 36

Como se vê, é uma seara deveras complexa, na qual simplificações não são possíveis. A maioria dos casos demanda acompanhamento multidisciplinar de profissionais, e sempre, sempre, o empenho e a abnegação das famílias envolvidas. Quando a família tem recursos, ainda pode atender as particularidades do portador com mais apuro. Mas quando

as famílias são carentes, nem mesmo o diagnóstico se consegue. Pior ainda, atendimento e suprimento das suas imensas demandas num país caótico como o Brasil, é caso raríssimo.

Para estas pessoas o EPD trouxe significativas mudanças, que vamos analisar em apenas uma das possíveis vertentes. Há muito a ser discutido sobre o assunto, e não a pretensão de seu esgotamento nestas poucas linhas.

Aqui cabe mais levantar uma discussão e certamente deixar alguns questionamentos.

Capacidade de Direito e Civil:

A personalidade jurídica é o instituto do direito que se conceitua como aptidão genérica tanto para adquirir direitos quanto para contrair obrigações, sendo inerente a toda pessoa natural, independentemente de sua condição física ou mental.

A ideia de capacidade complementa a de personalidade, sendo subdividida em duas facetas:

- capacidade de direito – decorrente diretamente da personalidade, constituindo-se capacidade de gozo de seus direitos, inerente à condição humana;
- capacidade de fato ou de exercício – é aquela que permite ao titular exercer pessoalmente os seus direitos, sem necessidade de representação, levando à frente seus negócios.

De acordo com Tartuce¹, *“Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência sã para o exercício dos atos de natureza privada”*. Portanto, a capacidade de direito, por si só, não garante o protagonismo da própria vida, a não ser quando complementada pela a capacidade de fato. A comunhão da capacidade de direito com a capacidade de fato leva à capacidade plena para exercício das atribuições da vida civil. É quando o indivíduo conduz sua vida de forma completa na esfera cível – tornando-se sujeito ativo das suas ações e recebendo como retorno as consequências dos seus atos.

Para tanto, é necessário o correto discernimento dos fatos da vida, especialmente aqueles afeitos ao Direito. Da mesma forma, deve-se compreender a amplitude dos atos que se pratica e dos que são praticados contra si ou em relação à sua esfera jurídica individual.

A negação da capacidade plena aos portadores de transtornos mentais até o ano de 2015 não é, pois, algo sem sentido. Vem de uma cultura que compreende a doença mental como algo limitante no que refere à correta compreensão e interpretação dos fatos da vida.

Embora não esteja explícito nos manuais do Direito Civil, é disso que se trata a capacidade de fato – compreender, interpretar e agir conforme a sua vontade de forma livre e sem vícios dentro das possibilidades que se colocam. E por isto alguns grupos de pessoas não a possuem, posto que sua condição não permite esta compreensão/interpretação ou ainda a manifestação de sua vontade.

O código de 1916 imputava incapacidade absoluta aos menores de 16 anos, loucos de todo gênero, surdos-mudos (que não pudessem exprimir sua vontade) e os ausentes (assim declarados judicialmente). Opera-se alguma evolução quando no Código Civil de 2002, os absolutamente incapazes para os atos da vida civil foram assim determinados:

- a. os menores de 16 anos;

¹ Tartuce, Flávio. Direito Civil, Lei de Introdução e Parte Geral, Ed. 13ª, Ed Forense, 2016, p. 131.

- b. os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário **discernimento** para a prática desses atos;
- c. os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Aqui a capacidade não se associa mais de forma direta a ter ou não uma doença de natureza mental, mas a possuir transtornos que não permitem discernimento para os atos da vida civil.

Cabe, então, analisar o conteúdo da palavra discernimento.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, discernimento tem por significados:

- a. capacidade de compreender situações, separar o certo do errado;
- b. capacidade de avaliar as coisas com bom senso e clareza; juízo, tino;
- c. conhecimento, entendimento

Observe-se que nem o código de 1916 limitou a capacidade plena a portadores de outras deficiências físicas. Ou seja, todos os portadores de deficiências de locomoção, visual, auditiva e de fala (desde que pudessem manifestar a sua vontade) tinham plena capacidade civil. Isto foi mantido em 2002 e ampliado a doentes mentais que tivessem discernimento. Se não foi efetuado na prática, decorreu mais de preconceito social, que propriamente de vedação legal.

Então, embora os autores, de forma geral, afirmem que o EPD tirou as pessoas com deficiência da incapacidade, na verdade boa parte delas nunca foi assim considerada pelo ordenamento jurídico. Portanto, as alterações efetuadas pelo EPD pouco mudaram a questão da capacidade de fato para este grupo.

Contudo, trata-se de uma revolução para aqueles acometidos por questões mentais. E como toda revolução, propõe uma quebra radical no status quo, para depois fazer as acomodações necessárias.

Defende Paulo Lôbo que antes mesmo do EPD, os portadores de transtornos mentais (ou, na sua definição, pessoas com deficiência mental ou intelectual) já possuíam capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Isto devido ao art. 12 da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, que entrou no nosso ordenamento jurídico com status de emenda constitucional, conforme o que reza o art. 5º, §3º da Constituição Federal, aprovada como Decreto 6.949/2009.

Artigo 12

2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 08/08/2017)

Para este autor, a capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com capacidade civil, conforme determinada no Código Civil. Isto porque trata-se de legislação especial aquela que determina a capacidade legal dos deficientes. Neste caso, para este autor, não há que se falar em incapacidade absoluta ou relativa, mas capacidade legal, que foi conferida de forma irrestrita para os atos jurídicos de natureza não patrimonial (ou

existencial) e de forma restrita para os de natureza patrimonial – se houver curatela ou tomada de decisão apoiada.

Lembrando que a curatela aqui é específica e temporária, não havendo mais espaço para o instituto da interdição.

Mas fica a pergunta, todos os deficientes, conforme definidos no art. 12 da Convenção, que foi detalhada posteriormente pelo EPD, tem condição de compreender todos os fatos da vida? E, complementando, teriam como pautar seu comportamento em função desta compreensão? Podem tomar decisões de forma livre e consciente? Podem manifestar sua vontade sem vícios? Mesmo que estas decisões tenham caráter eminentemente existencial como casar, ter filhos, exercer guarda, ter vida sexual ativa e responsável? Algumas destas decisões, embora de cunho existencial tem também consequências patrimoniais. Como se dará a curatela nestes casos?

Já Flávio Tartuce entende que o EPD revolucionou a Teoria das Incapacidades, passando aqueles portadores de transtornos mentais a plenamente capazes, ou seja, regidos pelo Código Civil. Complementa o autor quem a alteração se deu em prol da sua dignidade: *“Valorizando-se a dignidade-liberdade, deixa-se de lado a dignidade-vulnerabilidade”* (Tartuce, 2016, *Direito Civil*, pag 134).

Para efeitos deste texto, considerar-se-á que a interpretação na linha de Tartuce, que os deficientes são regidos, na sua capacidade, pelo Código Civil, posto que o EPD poderia, simplesmente, derogar os itens concernentes a estes naquele diploma, sem alterar seu texto. Se assim o fez é porque queria, tinha a intenção de manter toda a disciplina da capacidade definida no Código Civil.

Por fim, é certo que muitos deficientes tem a compreensão e o discernimento, e devem ser respeitados, valorizados e ter seu acesso à plenitude da vida. Mas outros tantos não, e, exatamente por isso, merecem um cuidado especial. A questão é saber se o EPD, como está proposto hoje, vai garantir este cuidado, ou poderá causar um risco a estas pessoas. Especialmente aos acometidos por transtornos mentais graves.

A Culpabilidade no Direito Penal e os portadores de transtornos mentais:

A culpabilidade é o terceiro elemento necessário para se afirmar que uma determinada conduta é, em verdade, um crime. Se uma conduta é tipificada – comissiva ou omissiva, levada à cabo seja com dolo ou culpa, e não esteja de alguma forma justificada ou permitida pelo Direito, poderá, eventualmente, tratar-se de um crime. Mas para tanto é necessário analisar-se a culpabilidade do agente. E o que seria a culpabilidade?

Segundo Busato, *“a culpabilidade comporta um juízo em face do autor dos fatos, convertendo-se em verdadeiro símbolo da responsabilidade penal pessoal”* (Busato, 2015, p. 522). Trata-se de uma reprovação do autor por uma atitude sua. Isto é importante salientar, não se reprova o autor pelo que ele é, mas pelo que fez:

“A pretensão de reprovação, então, visa identificar, dentro da situação concreta, a possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito. Essa reprovação, porém, não é de conteúdo moral, portanto, afasta-se da concepção de livre-arbítrio. Tem por fundamento uma reprovação jurídica, sendo consequência inevitável de duas premissas: da consideração da validade da norma, por um lado, e da consideração do autor do fato como efetivamente um sujeito racional, com uma atitude participativa e capacidade crítica de argumentação...” (Busato, 2015, p 554, grifo nosso)

A culpabilidade tem em si uma dimensão formal e outra material. A dimensão formal seriam as características determinadas pelo ordenamento jurídico que permitem a imputação de responsabilidade penal a determinado sujeito, enquanto que a dimensão material é dada pela análise concreta, a fim de se verificar se determinada conduta foi feita de forma livre. Portanto trata-se de juízo de valor normativo voltado ao agente da conduta, e, por fim, *“é nada mais do que a concepção de exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito.”* (Busato, 2015, p 555 e 556).

Assim, para dizer que um sujeito é culpável é preciso antes de tudo:

- Que este sujeito seja capaz de entender e valorar suas condutas tendo em vista o ordenamento jurídico;
- Que tenha a consciência que sua conduta é, ou tem a possibilidade de ser, antijurídica.

No que se refere a sua estrutura interna, a culpabilidade forma-se da conjunção de três elementos:

- a) Imputabilidade – capacidade ou aptidão para ser culpável, ou, em outras palavras, características que tornam possível atribuir-se a um sujeito uma responsabilidade por conduta ilícita. A pessoa tem que ter a capacidade de compreender sua conduta e pautar-se de acordo com essa compreensão. Para tanto, Busato afirma que esta compreensão decorre de uma conjunção de fatores de ordem física, biológica, psíquica e psicossocial;
- b) Possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato – para Bitencourt uma ação contrária ao direito só pode ser reprovável se o autor conhecer, ou possa conhecer as circunstâncias do tipo e da ilicitude. É uma consciência de que se está transgredindo a ordem jurídica – conhecimento da própria antijuridicidade. O desconhecimento da proibição pode, em certos casos, inclusive excluir a culpabilidade. Em outros tantos será uma culpabilidade atenuada;
- c) Exigibilidade de obediência ao Direito – possibilidade concreta do sujeito de conduzir-se conforme o direito numa determinada situação específica.

Em relação à imputabilidade, o Código Penal Brasileiro adotou um sistema misto de aferição que abrange a condição biológica e a psíquica do sujeito no momento da conduta. Aqui nos interessa a condição biológica.

Desta forma, será verificada se há alguma questão biológica ligada a “anomalias psíquicas” (aqui vamos adotar o termo do DSM, transtornos mentais). É necessário que o sujeito seja capaz de compreender a ilicitude do fato e/ou consiga pautar seu comportamento conforme esta compreensão.

Obviamente, nem toda pessoa portadora de transtorno mental é incapaz de compreender que determinadas condutas são vedadas pelo ordenamento jurídico. Mas isso, por si só, não é o bastante. É necessário que possa pautar seu comportamento por esta compreensão.

Voltando a análise do próprio conceito de transtorno mental, há uma perturbação que prejudica a cognição ou a regulação emocional ou o comportamento do indivíduo, justamente os itens que são determinantes para a avaliação da culpabilidade pelo critério biológico.

Busato resume que a inimputabilidade ocorrerá para os portadores de transtornos mentais *“cujo problema mental seja a fonte da sua incapacidade de compreensão da ilicitude de suas condutas ou, em sendo possível compreendê-las, o inabilite para agir em conformidade com tal compreensão”* (Busato, 2015, p 558).

EPD e o paradoxo (ou seria uma antinomia?) criado entre o Direito Penal e o Direito Civil:

Entendido como sistema, o ordenamento jurídico precisa ter uma coerência interna. Sistema seria um conjunto de elementos ordenados e inter-relacionados. Portanto, há um repúdio a existência de antinomias. Mas o que seriam as antinomias?

Conforme Maria Helena Diniz, por antinomia, num determinado ordenamento jurídico, entenda-se a existência de duas ou mais normas conflitantes, e que não permite que se saiba qual delas deverá ser aplicada a um caso específico.

Para Bobbio a coerência de um ordenamento jurídico não é condição de validade do mesmo, mas condição de justiça. Complementando:

“É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-la, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram e tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência de certeza ... e a exigência de justiça... Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza entendida como a possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento de pessoas que pertencem a mesma categoria. (Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, p 113)

Se o Direito é um só e o ordenamento jurídico tem como um dos seus pressupostos conferir a segurança à sociedade, permitindo um mínimo de previsibilidade nas relações sociais entre os diversos entes que a compõem, precisamos entender que a diferenciação entre Direito Penal e Direito Civil é apenas para facilitar a sua operacionalidade. Embora tendo suas particularidades, não se pode entendê-los como antagônicos, mas como complementares.

Assim, como condição de justiça, não convém que hajam antinomias entre estas disciplinas de forma a gerar uma insegurança. Para quem discorda que o EPD gerou uma antinomia no sistema jurídico, fica pelo menos a caracterização de um paradoxo. Paradoxo entendido como aparente falta de nexos ou lógica, em suma uma contradição.

Vejamos: a inimputabilidade está para o Direito Penal assim como a capacidade de fato está para o Direito Civil. Mas na disciplina penal permanece parâmetro de aferição, na medida do possível, para determinação da existência desta capacidade de ser responsabilizado pelos seus atos na esfera penal.

Quando afastou o discernimento como pressuposto para a capacidade de fato, o EPD colocou em pé de igualdade aqueles que possuem a compreensão dos fatos e a consequência dos seus atos daqueles que não a possuem. E não há como negar, na prática, que muitos daqueles que sofrem de transtornos mentais não a possuem – infelizmente.

Portanto, em várias situações concretas estes dois parâmetros irão demonstrar sua dissonância. Vejamos:

- Pelo EPD, todos aqueles que são portadores de transtorno mentais estão aptos a uma vida sexual ativa. Como será tratado isso nos casos concretos abaixo?
 - Poderá uma pessoa sem transtornos mentais relacionar-se com outra portadora destes transtornos sem que isso seja considerado estupro de vulnerável? Diz o art. 217-A do código penal que estará praticando estupro de vulnerável aquele que praticar conjunção carnal ou ato libidinoso com portadores de enfermidade ou deficiência mental que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato. Mas o EPD informa que todos indiscriminadamente o podem! Então, na prática, ou o direito penal vai desconsiderar estupro de vulnerável todos os atos praticados com portadores de transtornos mentais, ou por outro lado é preciso adequar o EPD, ou ainda, que se delimite o que seria este discernimento. Imagine o risco desta pessoa em se relacionar sexualmente com um portador de transtornos mentais e vir a ser acusado, responder a processo e eventualmente ser responsabilizado penalmente por um estupro!
 - No extremo oposto, quanto tempo demorará para que as teses de defesa de acusados de estupro venham a incluir que é válido o consentimento dado por uma pessoa com transtornos mentais, ainda que, na prática, não tenha discernimento para o ato? Impossível que uma tese dessa seja aceita? O casamento entre pessoas do mesmo sexo era impensável há alguns anos e hoje é uma realidade. A que risco que os portadores de transtornos mentais podem estar submetidos em prol da dignidade-liberdade!
 - Se o ato sexual for entre dois portadores de transtornos mentais e um deles desejar para no meio, não será imputada responsabilidade ao outro que forçou sua continuidade? Não será crime contra dignidade sexual por exclusão da culpabilidade?
 - Se considerarmos que um o portador de transtornos mentais tem autonomia sobre sua vida sexual, e estando ele com mais de 18 anos, o tipo de ação penal não será mais incondicionada, mas condicionada à representação do ofendido para os crimes que envolvam a dignidade sexual. Portanto, o Ministério Público necessitará, como condição de procedibilidade da ação penal, o requerimento do ofendido apenas? Mesmo para aqueles que são curatelados? Em tese sim, pois a curatela tem como escopo apenas as questões patrimoniais e não existências.

São questões ainda sem resposta. E outras tantas existem em várias searas – direito de família, processual civil, processual penal, etc. É urgente que se discuta isso de forma interdisciplinar na doutrina, a fim de dar um norte as interpretações das normas ou pelo menos levantar as questões de forma a permitir uma previsibilidade de algumas situações. Está claro que a casuística definirá muitas das questões colocadas, mas até lá fica a insegurança.

Conclusão:

Não há dúvidas que os portadores de deficiência de um modo geral, e os portadores de transtornos mentais, em específico, merecem respeito, consideração e atenção de toda a sociedade, para que sejam implementadas as utilidades, políticas e instrumentos de modo a sua valorização e o alcance de uma vida plena.

Contudo, considerar todos em mesmo “pé de igualdade” e dar, indiscriminadamente aos portadores de doenças mentais graves, um poder sobre os próprios atos sem uma análise mais profunda das suas diferenças e das possíveis consequências, é uma medida temerária.

Ao se pretender valorizar a dignidade humana do portador de transtornos mentais, parece que o legislador não entendeu a natureza da sua questão, ou, por outro lado, alocou-o de forma automática, sem a devida reflexão, junto as demais deficiências.

Como está, o EPD, antes de instrumento de valorização da dignidade humana, pode se transformar em instrumento de sofrimento e impunidade para uma parcela extremamente vulnerável daqueles aos quais pretendia proteger e valorizar. Traz consigo uma infinidade de dúvidas e inseguranças, muitas ainda não delimitadas.

Não lembrou que há outros envolvidos, que também merecem respeito – especialmente suas famílias, que já travam uma luta diária com todo tipo de adversidade, num país sem os itens mínimos nos quesitos de saúde e educação, apenas para dizer o mínimo.

Serão obrigados a ingressar em juízo, para proteger-lhes apenas o patrimônio. Mas, e sua existência? Quem protegerá? Isto é valorizar a dignidade humana?