

FACULDADE DAMAS DE INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSEFA ISABEL CRISTINA ALVES MONTEIRO

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA LEI 13.146/2015: e seus
reflexos na legislação brasileira..

RECIFE
2017

JOSEFA ISABEL CRISTINA ALVES MONTEIRO

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA LEI 13.146/15: e seus reflexos
na legislação brasileira.

Monografia apresentada à faculdade Damas de Instrução Cristã como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador; Prof. Dr.: Teodomiro Noronha Cardozo .

RECIFE
2017

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

M775e Monteiro, Josefa Isabel Cristina Alves.
Estatuto da pessoa com deficiência lei 13.146/15: e seus reflexos na legislação brasileira. / Josefa Isabel Cristina Alves Monteiro. - Recife, 2017.
42 f.

Orientador: Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Deficiente. 3. Dignidade humana. 4. Função judicial. I. Cardozo, Teodomiro Noronha. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

CDU 340

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSEFA ISABEL CRISTINA ALVES MONTEIRO

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA LEI 13.146/15: Análise em face
da reforma causada pela Lei 13.146/2015 à luz da Constituição Federal.

Defesa Pública em Recife, _____ de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador:

2º Examinador:

*Amor de mãe não morre, só muda de
atmosfera.*

Ruy Barbosa

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é analisar a reforma no tratamento dado pelo direito civil às pessoas com deficiência mental e a repercussão negativa desta alteração na proteção dos seus direitos e garantias fundamentais. A problemática resume-se a investigar se essa alteração poderia ser compatibilizada pelo juiz aos anseios da Lei Maior. A presente monografia se propõe a apresentar os reais sentidos dos princípios da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana e analisar mais profundamente o tema da incapacidade jurídica e a evolução histórica do tratamento garantido pelo diploma civil de 2002, com o intuito de conceder maior base jurídica ao presente ensaio; e, por fim, retificação do alcance da função judicial no trabalho de interpretar e integrar a norma jurídica.

Palavras-Chave: Deficiente. Dignidade Humana. Função Judicial. Lei 13.146/2015.

ABSTRACT

The general objective of this work is to analyze the reform in the treatment given by civil law to people with mental disabilities and the negative repercussion of this change in the protection of their fundamental rights and guarantees. The problem is to investigate whether this change could be made compatible by the judge to the wishes of the Major Law. This monograph aims to present the real meanings of the principles of legal certainty and dignity of the human person and to analyze more deeply the subject of legal incapacity and the historical evolution of the treatment guaranteed by the civil certificate of 2002, with the intention of granting a greater legal base To the present test; And, finally, rectification of the scope of the judicial function in the work of interpreting and integrating the legal norm.

Keywords: Deficient. Human Dignity. Judicial Function. Law 13.146 /15

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEGURANÇA JURÍDICA.	9
2.1 Da importância das normas e princípios	9
2.2 Da segurança jurídica	12
2.3 Da dignidade da pessoa humana.....	15
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA INCAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	19
3.1 Da incapacidade jurídica da pessoa com deficiência	20
3.2 Da tomada de decisão apoiada	28
4 FUNÇÃO JUDICIAL COMO NORTEADORA DO ADEQUADO TRATAMENTO CIVIL DO DEFICIENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI 13.146/15	30
4.1 Da função judicial	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O tema central a ser debatido neste trabalho acadêmico é a análise da mudança de tratamento legislativo dado à pessoa com deficiência em face dos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, com foco no reconhecimento da impossibilidade de retrocesso da tutela desse indivíduo.

Nesse sentido, tenta-se demonstrar que a dignidade – qualidade inerente a todo ser humano – encontra íntima relação com um regramento protetivo dos interesses da pessoa com deficiência, tendo em vista servir como escudo para esta contra atos lesivos de terceiros de má-fé.

Em seguida, propõe-se demonstrar que, apesar da redução da tutela através da leitura fria da lei, é indispensável a leitura do instituto da incapacidade à luz da Lei Maior, como meio de garantir sua proteção. Dessa maneira, tem-se como meta tornar possível a visualização da dignidade como uma espécie de filtro constitucional para a correta compreensão do instituto da incapacidade jurídica.

Esse tema foi selecionado devido a sua importância frente aos aplicadores e estudiosos do direito, de forma a viabilizar melhor entendimento da questão e, por conseguinte, a sua aplicação mais adequada.

O método utilizado é o dedutivo que orientará a pesquisa, como método de investigação para uma análise crítica e comparativa de forma a apresentar a variedade de visões, tendo seu referencial teórico obtido através de dados nos ensinamentos de civilistas clássicos e modernos. Como alicerce é realizada uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como fontes: livros, artigos publicados em revistas especializadas, acórdãos de tribunais superiores, bem como a coleta de notícias publicadas nos sites oficiais desses tribunais.

Tudo isso com foco em demonstrar a transição histórica de tratamento da pessoa com deficiência, dedicando-se esforços para apresentar o sentido e finalidade da nova legislação, segundo o seu próprio artigo inicial: assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício de direitos e

das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Este trabalho está dividido em três capítulos, com o propósito de apresentar maior clareza e coerência de informações.

No capítulo I – A importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica - busca-se, através da apresentação das posições de diferentes pensadores, demonstrar que a segurança jurídica e a legalidade não podem ser pensadas em prol de formalismos exacerbados em prejuízo do indivíduo, e sim como ferramenta voltada a sua proteção.

Para tanto, vê-se como necessária a construção pormenorizada do tema, definindo, como ponto de partida, o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica frente à dignidade da pessoa humana.

Isso porque, embora tenha ocorrido redução de texto de lei destinado à proteção da pessoa com deficiência, não se pode esquecer da necessária e indispensável preocupação com a dignidade da pessoa humana, princípio erigido pelo Constituinte à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, como meio, de garantir proteção específica a aos indivíduos em situação de vulnerabilidade.

No capítulo II - A evolução histórica do instituto da incapacidade jurídica da pessoa com deficiência – cuida-se da definição dada pela doutrina à incapacidade jurídica, focando-se na mudança legislativa da redação original dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 perpetrada pela Lei nº 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e sua relação com a Convenção de Nova Iorque de 2007.

O capítulo III – Função judicial como norteadora do adequado tratamento civil da pessoa com deficiência à luz da Constituição Federal. – objetiva trazer a temática para o plano concreto, isto é, para o universo de aplicação da lei – analisando a função judicial em face do princípio da separação de poderes, dando-se enfoque ao papel do magistrado na interpretação e integração do ordenamento jurídico, destinado à adaptação da norma abstrata ao fato em análise e aos anseios constitucionais.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEGURANÇA JURÍDICA.

2.1 Da importância das normas e princípios

É importante destacar desde o início a distinção feita pelos estudiosos do Direito entre norma e princípio, de modo a permitir a adequada visualização da importância do estudo do conteúdo dos princípios da segurança jurídica e da dignidade à luz em face do instituto da incapacidade jurídica.

De pronto, pode-se afirmar que não há unanimidade no trato da matéria, havendo diversas leituras e classificações a respeito do conteúdo e finalidade normativa.

Focar-se-á aqui, no entanto, na classificação mais aceita no ordenamento pátrio.

De uma forma geral, os princípios podem ser conceituados como "idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar-se" (SUNDFELD, 1995, p. 18).

Ou seja, funcionam, seja através de sua função interpretativa, integrativa, de controle ou orientadora, os princípios funcionam como base para o preenchimento das principais dúvidas e vazios legislativos.

Diante disso, parte da doutrina declara que as normas principiológicas ocupam grande papel, no seu viés de método integrativo, na superação das lacunas do direito positivo, permitindo a existência de um sistema jurídico completo e interligado com os demais ramos do saber humano.

Em resumo, pois, os princípios são "(...)pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de "tudo ou nada", que estabelecem verdadeiros

programas de ação para o legislador e para o intérprete”. (AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27)

Quanto às regras, por sua vez, são elas

Prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. (AMARAL JÚNIOR, 1993, p. 27)

Pode-se citar como exemplo de regra o art. 12 do Código de Processo Civil de 2015, que trata da ordem cronológica dos processos, tendo em vista destinar-se a regular situação específica, sem pretensão de servir como base ou filtro para outros regramentos.

A norma-regra, por ser mais concreta que o princípio – embora não se negue a necessidade de certa abstração, vez que seria inviável que uma lei fosse limitada a um único caso concreto – sua aplicação é feita por mera subsunção do fato à regra.

Para diferenciar os princípios das regras, são pensados vários critérios, dos quais se destaca a análise da profundidade em que cada espécie trata do tema que busca regular. Nesse sentido, deve-se ter em mente:

O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente. (AMARAL JUNIOR, 1993)

Pode-se visualizar a distinção entre a norma-princípio e a norma-regra em face de seu objetivo. Isto é, enquanto a regra destina-se a ser subsumida a um caso concreto, os princípios são voltados a servir como base interpretativa e integrativa do sistema, seja de um ramo do direito ou do sistema jurídico como um todo, o que vem a calhar ser ele o mais abstrato possível, viabilizando sua utilização para um maior número de situações.

Outro ponto de relevante distinção entre os princípios e regras é apontado no estudo do conflito entre normas:

O segundo critério pelo qual podemos distinguir regras e princípios é de natureza axiológica. Os princípios possuem uma “dimensão de peso”, valorativa, ausente nas regras. Assim, ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em um determinado caso, deve o intérprete considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, naquele caso concreto, qual deve prevalecer, afastando o princípio incompatível. Situação diferente ocorre com as regras. Havendo conflito entre duas regras – o que Bobbio denomina de “antinomia jurídica própria” – uma delas será inválida e deverá ser excluída do sistema jurídico. Nessa hipótese, os critérios para a solução da antinomia são de ordem técnica (lex posterior derogat priori – a lei posterior derroga a anterior, lex superior derogat inferioris – lei superior derroga a inferior, lex specialis derogat generali – lei especial derroga a geral), não demandando ao aplicador do direito nenhum juízo valorativo.

Observa, ainda, Dworkin que, no caso de conflito entre princípios não há propriamente uma discricionariedade do intérprete em definir qual deles deve prevalecer.

Essa determinação resulta na expressão do constitucionalismo alemão, de um “juízo de ponderação” entre os diversos valores jurídicos envolvidos, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (LAGINSKI, 2017)

Sendo assim, para tornar o estudo mais concreto, pode-se visualizar a própria norma sobre a incapacidade jurídica como espécie de norma-regra, sendo submetida ao crivo da segurança jurídica, como foco na relação privada travada pelo incapaz no seu cotidiano, e da dignidade da pessoa humana, os quais, por sua vez, podem ser facilmente classificados como normas-princípios, vez que funcionam como valores superiores, vinculados ao alcance dos objetivos básicos do Estado Democrático de Direito.

Tratando especificamente dos princípios, faz-se importante a transcrição das seguintes palavras de Luiz Flávio Gomes (2005):

(...)de todos os princípios (que configuram as diretrizes gerais do ordenamento jurídico), gozam de supremacia (incontestável) os constitucionais.

Exemplos: princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV), da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII) etc.. Mas isso não significa que não existam princípios infraconstitucionais (leia-se: emanados de regras legais).

Por exemplo: princípio do tantum devolutum quantum appellatum, que está contemplado no art. 599 do CPP.

Os princípios constitucionais contam com maior valor e eficácia e são vinculantes (para o intérprete, para o juiz e para o legislador). Também existem princípios que derivam de regras internacionais. Por exemplo: princípio do duplo grau de jurisdição, que está contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), art. 8º, II, "h". Todo o Direito internacional posto em vigência no Direito interno é fonte do Direito e deve ser considerado para a solução de conflitos.

Elaborado este breve quadro demonstrativo da importância dos princípios para o ordenamento jurídico, trataremos agora, pois, da segurança jurídica e da dignidade humana.

2.2 Da segurança jurídica

A segurança jurídica sempre despertou o interesse da ciência do direito, diante da busca incessante do homem pela certeza em seu cotidiano. Assim é que, para garantir o ideal de estabilidade almejado, o ser humano utiliza o direito como ferramenta, de modo a viabilizar o equilíbrio nas relações com os demais indivíduos e com o ambiente que o cerca.

“A segurança jurídica consiste em um princípio que objetiva garantir a estabilidade das relações jurídicas e advém das leis promulgadas pelo Estado visando o bem dos cidadãos e o controle da conduta social.” (LIMA, 2017)

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 traz o princípio da segurança jurídica em diversas passagens, referindo-se seja a direito processual ou a material, é o caso dos incisos XXXVI, XXXIX e XL do seu artigo 5º, isso ocorre, de: acordo com Theodoro Júnior (2006), pelo fato de o princípio possuir duplo sentido. Isto é, poder tanto estar relacionado à previsibilidade das decisões quanto à estabilidade das relações jurídicas. Aqui será analisado, no entanto, apenas sua segunda faceta.

A segurança jurídica pode ser assim definida:

(...) princípio que o Estado tem que garantir ao seu cidadão, tendo em vista a necessidade de demonstrar que apesar de ter ele, o Estado, um poder maior, garantido na mesma Carta Magna, existe uma dosagem e um controle da utilização deste poder.

Assim sendo, nasce essa Segurança Jurídica para garantir aos cidadãos os seus direitos naturais – direito à liberdade, à vida, à propriedade, entre outros. (SANTOS, 2017)

A segurança é elemento indispensável para a sustentação de um ordenamento jurídico, inclusive no tocante aos seus valores fundamentais, como liberdade, dignidade humana e justiça, uma vez que os afasta do caos da incerteza quanto ao regramento das relações. Sua necessidade, pois, estampa-se como meio de viabilizá-los. (ALMEIDA, 2017)

Ademais, importante frisar que:

O Princípio da Segurança Jurídica não está na nossa Constituição Federal de forma expressa, mas sim de forma implícita, por exemplo, quando a mesma fala a respeito do ato jurídico perfeito, coisa julgada e Direito adquirido. Observamos assim a preocupação da nossa Carta Magna com a estabilidade das relações jurídicas. Também de forma implícita o Princípio da Segurança Jurídica está inserido, como por exemplo, instituto da prescrição, onde suas regras e prazos servem para trazer o mínimo de estabilidade para as relações. (...) Observamos então que o princípio da segurança jurídica está ligado diretamente aos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo assim, podemos identificá-lo nas mais variadas situações do nosso cotidiano(...) Mesmo numa sociedade complexa, susceptível a mudanças sociais, econômicas e políticas é possível, necessário e desejável atingir-se a segurança jurídica, pois o Direito visa planificar os comportamentos trazendo paz social. (SOUZA, 2017)

Apesar de – em primeira análise – entender-se esse princípio como protetor da permanência da situação jurídica pura e simplesmente de forma objetiva; na realidade, deve atentar-se para o seu real objetivo, qual seja: o de garantia dos direitos do cidadão, ocupando, assim, a posição de “um dos pilares do Estado democrático de direito e a forma de garantir estabilidade e paz nas relações jurídicas” (TORRES, 2017).

Assim, afirma ainda Damiana Torres:

Nesse sentido, é possível notá-lo como um instrumento capaz de assegurar a previsibilidade esperada pela sociedade que pode advir tanto da lei (ou melhor, do Direito positivo) quanto dos juízes e tribunais (ou seja, daqueles que exercem a jurisdição). (TORRES, 2017)

Dessa maneira, entende-se que o princípio apenas ganha força para proteger o indivíduo de prejuízos, não devendo, pois, ser utilizado como fundamento para obrigar o aplicador do direito a uma interpretação legal literal.

Ademais,

De acordo com José Afonso da Silva, a segurança jurídica pode ser compreendida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro ela refere-se ao sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diversos campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica assume o sentido de garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, permite que as pessoas saibam previamente que, uma vez envolvidas em certa relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se alterar a base legal sob a qual se instituiu.

(...)

José Fábio Rodrigues Maciel aduz que a segurança jurídica material (...) consiste na segurança como proteção dada ao indivíduo por meio do direito positivo. (LIMA, 2017)

Pode ser citado o princípio da não surpresa, previsto no Código de Processo Civil de 2015, como corolário da segurança jurídica nas relações envolvendo o jurisdicionado:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.(...)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015)

Cabe mencionar quanto ao tema a seguintes palavras esclarecedoras de Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de ‘valores supremos da uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 97).

Somado à segurança jurídica, o sistema preocupa-se com a tutela da dignidade da pessoa humana como meio de viabilizar a salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo.

2.3 Da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana foi elevado, em decorrência do neoconstitucionalismo, movimento pós-II guerra, à categoria de valor fundamental da constituição, como uma espécie de sobre-princípio, devendo as demais normas, portanto, a ele prestar obediência. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009). Assim, pode-se apontar quanto a esta nova leitura teórica:

De forma bastante singela, podemos conceituar o neoconstitucionalismo como uma nova forma de se interpretar o Direito a partir da valorização dos direitos humanos, cuja expressão máxima são os direitos fundamentais constantes nas Cartas Políticas de cunho democrático.

(...)

Eis as características: supremacia do texto constitucional; garantia, promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; ampliação da jurisdição constitucional. (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012)

Percebe-se a importância conferida ao tema da dignidade.

Destaque-se, consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art.1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” (ANDRADE, 2017)

A Constituição da República Federal de 1988 foi um divisor de águas na história do direito privado brasileiro, nela os direitos de personalidade ganharam verdadeira cláusula geral, a de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Essa visão humanista foi inaugurada no Direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988, sendo consolidada tal perspectiva com a internalização no direito interno da Convenção Internacional sobre os Direitos

da Pessoa com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo 186, de 09 de julho de 2008 e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25 de agosto de 2009 que possui hierarquia constitucional, sobrepondo-se às normas infraconstitucionais estabelecidas pelo Código Civil de 2002, diante de sua aprovação conforme o quórum de emenda constitucional, previsto no art. 5º, §3º, CF.

Assim é que a proteção da dignidade pode ser identificada em várias passagens na CF/88, como nos artigos: 1º, 170, 226, 227...

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a **dignidade da pessoa humana**;

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...)

(...)

Art. 226. (...)§ 7º Fundado nos princípios da **dignidade da pessoa humana** e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua **dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (grifos nossos) (BRASIL, 1988)

Quanto a este ponto destaca Correia de Andrade (2017): princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma

“sociedade livre, justa e solidária” (inciso I). Liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação. O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Consagra-se, aqui, princípio ético já mencionado, qual seja, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é preocupação da CF/88 em diversos setores da vida social, fato que demonstra a importância atual deste princípio.

Nessa linha, pode-se afirmar:

A finalidade última do direito é a realização dos valores do ser humano. Pode-se, pois, dizer que o direito mais se aproxima de sua finalidade quanto mais considere o homem, em todas as suas dimensões, realizando os valores que lhe são mais caros. (ANDRADE, 2017)

Mas o que poderia ser efetivamente definido no rol de dignidade? Tratando do tema.

Andrade (2017), assevera complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de

dignidade se insere na categoria dos denominados conceitos jurídicos indeterminados.

Compreende o autor que o seu sentido próprio apenas será alcançado através do gotejo de fatores como cultura da sociedade na qual aplicado o conceito. Contudo, frisa: “Essas diferenças, porém, não eliminam o caráter universal da idéia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente.”

Sendo assim, pode a dignidade ser entendida como o respeito ao núcleo básico dos direitos pessoais do indivíduo.

É, pois, nesse equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana e a preocupação com a segurança jurídica que se deve encaixar o estudo do tratamento legal do deficiente quanto à sua capacidade para a prática da vida civil.

Mostra-se relevante à seguinte relação lógica de implicação:

O Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E nem poderia ser de outra forma. A própria idéia de Direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do Direito.

Isso porque não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, numa sociedade onde o caos impera. Não que tais valores sejam de menor importância. Muito ao contrário. Na verdade são eles fundamentais. Contudo, eles nada são se em uma determinada sociedade não houver um grau de segurança nas relações humanas sociais. (ALMEIDA; SOUZA BRITO, 2017)

À vista desse panorama é que se deu a evolução histórica do regime das incapacidades no direito interno, inaugurando a interpretação civil-constitucional voltada para concretização dos novos paradigmas afetos à incapacidade civil, visando à humanização das relações privadas que envolvem pessoas incapazes.

É nesse contexto social e normativo, pois, que deve se enquadrar a análise da evolução do instituto da incapacidade jurídica do deficiente, tendo em vista que o estudo da mudança legislativa – tendo como base o texto

original dos artigos 3º e 4º do código civil até a atual reforma causada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – permitirá o alcance de um nível superior de compreensão sobre o tema

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA INCAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

O presente capítulo tem como objetivo analisar a evolução histórica do sistema brasileiro de incapacidade.

3.1 Da incapacidade jurídica da pessoa com deficiência

A capacidade jurídica pode ser dividida em duas espécies: a capacidade de direito ou de gozo (inerente a qualquer ser humano) e a capacidade de fato ou de exercício (vinculada à aptidão para o exercício por si dos atos da vida civil). A capacidade aqui estudada será a da segunda espécie.

Essa aptidão traz como pressuposto a autodeterminação do indivíduo, ou seja, a capacidade de entender e de comportar-se de acordo com aquele entendimento em prol da realização de uma ato jurídica – mescla de vontade de praticar e consciência da conduta praticada.

Faltando a consciência, a autonomia individual não se desenvolve em sua integridade; e, sendo assim, autorizar a prática de atos, como o negócio jurídico, por si só, não se mostra a opção mais segura, tendo em vista a tutela dos direitos do homem. Autorizar, pois, sua realização seria permitir ato jurídico da parte de quem não manifesta vontade juridicamente apreciável, por falta de discernimento.

Segundo aponta Maurício Requião:

A incapacidade (...) é categoria jurídica, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu status pessoal. Pode decorrer tanto da simples inexperiência de vida, como por conta de circunstâncias outras, tais como o vício em drogas de qualquer natureza. Dentre estas circunstâncias, até a chegada do Estatuto que ora se discute, encontrava-se o transtorno mental, sob as mais diversas denominações (enfermidade ou deficiência mental, excepcionais sem desenvolvimento mental completo). Independe a incapacidade de decretação judicial. Enquadrando-se o sujeito numa das hipóteses previstas no suporte fático normativo, é ele incapaz e, portanto, ao menos de algum modo limitado na prática dos seus atos. (REQUIÃO, 2017)

Pode-se entender que o regime jurídico das incapacidades possui como função principal o estabelecimento de um sistema de proteção àquelas pessoas que não possuem entendimento necessário para a prática de atos da vida civil e, por conseguinte, não conseguem expressar a sua vontade própria, a análise visa estudar as alterações trazidas pela nova legislação porque os efeitos jurídicos advindos da declaração de incapacidade são marcantes e deflagram consequências que são projetadas para além da seara jurídica.

Nesse sentido, destaca Caio Mário que:

(...) a lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários. (SILVA, 2012, p. 272)

O Código Civil brasileiro, editado em 2002, em que pese a aptidão para se relacionar com a sistemática constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, buscou garantir maior proteção ao indivíduo deficiente, o que muitos entenderam, no entanto, como agressão a sua autonomia, vez que o rotulava previamente como incapaz. Diante disso, a República Federativa do Brasil se tornou signatária do Tratado Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo promovida uma mudança paradigmática sobre o conceito de deficiência, o que, naturalmente, acarretou consequências significativas no estudo das teorias das incapacidades.

O portador de deficiência mental, desde as Ordenações Filipinas, e no Código Civil de 2002 não foi diferente, possuía proteção específica no rol dos incapazes, como forma de evitar que seus direitos civis, dentre eles, sua propriedade, fossem atingidos como consequência de atos realizados sem o devido discernimento. Por isso, foram pensadas as figuras dos representantes (para aqueles que não possuem qualquer discernimento para a prática de atos da vida civil) e os assistentes (dedicados ao auxílio dos indivíduos com grau de discernimento reduzido para a prática dos atos da vida civil). (REQUIÃO, 2017)

Nesse sentido, segue texto da antiga redação do código civil de 2002:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

Art. 4º 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;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

A pessoa com deficiência tinha seus atos realizados ou ratificados por outrem, plenamente capaz, cuja função era destinada à salvaguarda de seus interesses.

Após a ratificação em 2009 por parte do Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, editada em 2007, a sistemática jurídica referente à teoria das incapacidades e seus desdobramentos sofreu modificações intensas.

Segundo os ares desta Convenção e – ressalte-se – com pretensa intenção de dar maior autonomia às pessoas com deficiência, foi publicada, em 07 de junho de 2015, a Lei nº 13.146, de 2015. Essa lei trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência, editado como consequência da internalização de texto elaborado na Convenção de Nova Iorque de 2007. (SCHREIBER, 2017)

Nesse sentido, o propósito da lei, segundo o seu próprio artigo inicial, é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício de direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Segundo esse diploma,

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou

sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação. (BRASIL, 2016)

Quanto ao referido Estatuto, aponta Clara Mara Rabelo Viegas:

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) foi o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos aprovado pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento qualificado previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República, promulgado pelo Decreto Nº 6.949/09 e em vigor no plano interno desde 25 de agosto de 2009. Portanto, a mencionada convenção internacional possui status de norma constitucional. A CDPD consagra inovadora visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência, sob o viés dos Direitos Humanos, adotando um modelo social, cujo desiderato é incluir o deficiente na comunidade, garantindo-lhe uma vida independente, com a igualdade, no exercício da capacidade jurídica. Nesse sentido, reconhece o Preâmbulo da CDPD: (...) (TARTUCE, 2015). (VIEGAS, 2017).

Apesar de muitas de suas normas possuírem louvável conteúdo protetivo da dignidade do deficiente (como a determinação de normas inclusivas a serem observadas pelas escolas), contraditoriamente, no tocante à sua tutela civil, houve evidente retrocesso, na medida em que foi responsável por revogar parte dos artigos 3º e 4º do código civil supramencionados, gerando a retirada do deficiente do rol de tutela da incapacidade, tornando, a princípio, plenamente capaz. Ou seja, as pessoas com deficiência de ordem física e/ou psíquica foram eliminadas do rol de incapacidade civil absoluta e relativa.

Nesse sentido, segue atual redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos, (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015); (Vigência)

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo Único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015); (Vigência) (BRASIL, 2002)

A incapacidade civil absoluta ou relativa não pode mais ser presumida quando se tratar de pessoa com deficiência. Essa compreensão pode ser extraída facilmente do texto expresso do art. 6º do mencionado estatuto, o qual determina que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. (BRASIL, 2015)

Há doutrina, no entanto, que defenda essa reforma como positiva, tendo em vista ter servido como meio de tratar de forma mais isonômica o deficiente, cuja incapacidade não será mais presumida. O que, de acordo com essa visão, viabilizaria o pleno exercício de sua dignidade, vez que não haveria mais discriminação social por sua condição. Assim, não haveria qualquer prejuízo ao deficiente, que, caso necessita-se, poderia tranquilamente ser submetido ao procedimento de curatela (REQUIÃO, 2017).

Seguindo essa mesma linha pró-estatuto:

Segundo Rosenvald (2017), A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade -, por um modelo social de direito humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade.

Ocorre que, esse entendimento, apesar de respeitável, não é visto aqui como a melhor leitura em face da constituição federal, na qual se preconiza a igualdade não apenas formal, mas também, e principalmente, material. Nesse sentido, falar-se de forma frequente em bancas acadêmicas o seguinte brocardo: os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Não poderiam ser mais claras as seguintes palavras, capazes de resumirem bem a atual situação:

O Código Civil de 2002(...)É um bom sistema protetivo, que tem funcionado muito bem. O direito não pode fechar os olhos à falta de autodeterminação de alguns indivíduos, e tratá-los como se tivessem plena capacidade de interagir em sociedade, em condições de igualdade.

Daí concluir-se que, se um ordenamento passa a considerar tais pessoas plenamente capazes, conferindo-lhes apenas algumas medidas de apoio (bastante desprovidas de sentido, como ainda veremos nesta série de

colunas) está simplesmente a forçar um pareamento formal. Na vida prática o sujeito continua necessitando de uma lei que o ampare e o iguale aos demais. E, para isso, é preciso reconhecer a desigualdade inicial de condições. Sem isso a lei não incide, a proteção não chega e o indivíduo fica desguarnecido.

Pois a lei 13.146/3015 justamente aniquila a proteção aos incapazes e, utilizando-se de um discurso humanitário, rompe com a própria lógica dos direitos humanos. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2017)

Vê-se facilmente que a reforma apenas serviu para dar ao tema “ares de igualdade”, sendo, na realidade, apenas veículo de incentivo à igualdade meramente do ponto de vista formal, isto é, esquecendo que o deficiente, para ter seus direitos dignamente atendidos, necessitam de diplomas normativos capazes de lhe garantir proteção.

Como exemplo do evidente prejuízo tem-se a sua retirada do rol dos benefícios com a não contagem do prazo prescricional e decadencial. Ou seja, antes da alteração legislativa, as pessoas com deficiência enquadradas no rol do art. 3º do CC tinham, ao lado do menor de 16 anos, a proteção especial de não ter contra si contado o prazo de prescrição de suas pretensões. Com a mudança, passou a ocupar, no máximo, eventual posição de relativamente incapaz (se enquadrado na nova hipótese do art. 4º, III, CC após regular procedimento de curatela). Assim, hoje só resta ao deficiente, quando reconhecido como relativamente incapaz, interpor ação regressiva contra seu assistente. Nesse sentido:

Segue novo tratamento legal dado ao deficiente com vistas à sua “igualdade” perante os demais capazes civis:

Tratando deste novo regramento, afirma Nelson Rosenvald:

Neste trabalho, no entanto, não se coaduna com este entendimento, o qual parece utópico para os dias atuais. Ou seja, em prol de uma teórica autonomia e quebra de preconceito social, importantes elementos protetivos são descartados.

Nesse sentido, esclarece José Fernando Simão:

O Estatuto é fruto de um momento histórico em que há, sob o argumento de se evitar discriminações, uma “negação” injustificada das diferenças o que acaba por gerar o abandono jurídico de uma importante parcela da população que dela necessita. (SIMÃO, 2017)

Se em termos gerais o Estatuto é positivo, inclusivo e merece nosso aplauso, em termos de direito civil temos problemas incontornáveis e seríssimos.

Frise-se, contudo, que há quem entenda que o novo texto legal fugiu dos ideais defendidos pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Veja, nesse sentido, o seguinte texto da Convenção de Nova Iorque de 2007 e sua posterior interpretação:

Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas (...)

Será que a legislação protetiva dos deficientes mentais, especialmente o regime das incapacidades, contraria essas recomendações da Convenção?

De modo algum. A própria Convenção – e este é aqui o ponto mais relevante – determina em seu art. 1º, n. 2, b, que, "Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal

diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2017)

3.2 Da tomada de decisão apoiada

Ademais, foi criada figura ao lado da curatela, destinada a situações em que a necessidade de auxílio do deficiente é mais reduzida. Trata-se da Tomada de Decisão Assistida(TDA).

A TDA está prevista no art. 1.783-A do Código Civil pós-reforma perpetrada pela Lei nº. 13.146/2015 e representa um modelo destinado à proteção de pessoas plenamente capazes, mas que estão em uma situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência. Nela, o indivíduo será auxiliado em seus atos por dois apoiadores, nomeador por meio de procedimento judicial, que tramitará respeitando rito de jurisdição voluntária, cuja competência exclusiva será das varas de família.

Segundo o diploma legal, a própria pessoa com deficiência fará o pedido ao juiz solicitando o auxílio e indicando duas pessoas que julgarem as mais qualificadas para o desempenho de apoiá-lo em suas decisões.

O juiz, antes de decidir, deverá ouvir não apenas o requerente, como também os apoiadores, o Ministério Público e equipe multidisciplinar.

Trata-se de um termo com prazo de vigência, onde deverão constar os limites do apoio e os compromissos dos apoiadores.

Nesse sentido, afirma Requião:

Inseriu-se também no sistema do Código Civil, através do novo artigo 1.783-A, novo modelo alternativo ao da curatela, que é o da tomada de decisão apoiada. Neste, por iniciativa da pessoa com deficiência, são nomeadas pelo menos duas pessoas idôneas "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-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade." É modelo que guarda certa similaridade com a ideia da assistência, mas que com ela não se confunde, já que o sujeito que toma a decisão apoiada não é incapaz. (REQUIÃO, 2017)

O instituto da TDA ainda se mostra um pouco nebuloso em sua finalidade, vez que apenas serve para garantir ao indivíduo certa segurança quando da prática de determinado ato, sem qualquer mácula à validade do negócio jurídico como consequência da prática eventual de ato civil sem o auxílio dos apoiadores nomeados em juízo.

Quanto ao novo instituto, aponta Anderson Schreiber que, apesar de ser atualmente festejado por parte da doutrina, não veio trazer efetivo benefício ao tratamento do indivíduo que necessite de auxílio especial, vez que sequer conseguiu trazer melhoria significativa:

Assim, deste novo regramento, em consonância com o conteúdo do primeiro capítulo deste trabalho acadêmico, nota-se facilmente que, apesar do Estatuto trazer regramentos protetivos louváveis, de modo a tutelar o deficiente caso a caso, o fato é que não se trata de efetiva novidade no sistema, que já previa de forma expressa ou implícita, a possibilidade de o magistrado estabelecer a devida proteção do incapaz, adaptando a norma à hipótese concreta.

Portanto, contabilizando-se a reforma, através de uma leitura pragmática, essa deixa fático no que se refere às garantias da pessoa com deficiência, vez que, em prol de uma desnecessária busca de superação de preconceitos, reduz a proteção dos direitos humanos do deficiente.

É nesse ponto que se enquadra a importância da função judicial como forma de cobrir o vazio deixado pelo novo regramento, com vistas a satisfazer os valores previstos na Lei Maior em prol da igualdade material do deficiente através de garantia de tratamento de digna.

4 FUNÇÃO JUDICIAL COMO NORTEADORA DO ADEQUADO TRATAMENTO CIVIL DO DEFICIENTE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

4.1 Da função judicial

Com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, preocupado com a leitura dos ramos do ordenamento jurídico através de uma filtragem dos valores da Constituição Federal, o papel do juiz passou de mera “boca de lei” para verdadeiro criador de direito, como bem defende Kelsen, em sua obra, para o qual apenas o magistrado elabora interpretação autêntica. (KELSEN, 1999)

Assim, a função jurisdicional pode ser bem definida da seguinte forma:

(...) a jurisdição é atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Através dela, o Estado, que deve ser provocado, substituindo-se às partes e

de forma imparcial, compõem os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões. (BATISTA, 2017)

Esse entendimento, contudo, não foi inerente ao surgimento do poder judicial, sendo, na realidade, decorrente de um moroso processo histórico evolutivo:

Só depois da revolução francesa é que surge um Judiciário autônomo, porque renegada a origem divina invocada pelo Estado Monárquico; separados os poderes, a lei passou a ser a única fonte do direito do cidadão. Nesse período, o juiz era “a boca que pronuncia a vontade da lei”, ou seja, tornava-se mero intérprete do que o legislador real expressava. Era tomada a lei na sua literalidade. (CARDOSO, 2017)

Contudo, com a evolução ocorrida, principalmente pós 2ª guerra (momento em que foi dado maior destaque aos valores e princípios constitucionais em detrimento da lei em sentido estrito), o poder do juiz ganhou maior força, vez que sua função passou de mero aplicador da lei para intérprete do sistema como um todo (regras e princípios):

Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. (PAULA, 2011, p. 273)

A ideia de separação de poderes, bebendo da fonte norte-americana, vai passar a defender o uso de métodos de controle de um poder em face do outro, com vistas a equilibrar forças e impedir que haja a hipertrofia de uma função estatal sobre a outra.

A nova leitura deste princípio trouxe grande reflexo na função do magistrado, o qual encontra seus limites não mais na lei, mas nos valores constitucionais, fundamentando, inclusive, atos de dirigismo, voltando-se não só a tutelar relações privadas, mas também a se destinar a preencher o deficit deixado pelo legislativo ou por omissão da administração pública:

No Brasil contemporâneo, constitui missão do operador jurídico produzir a defesa da Constituição. A Constituição brasileira, tão vilipendiada, criticada e menosprezada, merece consideração. Sim, porque aí, nesse documento mal escrito e contraditório, o jurista encontrará um reservatório impressionante de topoi argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender. (CLÈVE, apud Amaral, 2010, p. 4).

Assim é que hoje o Conselho Nacional do Ministério Público traz estampado em seu glossário eletrônico a seguinte definição de função jurisdicional:

É uma das funções do Estado. A função jurisdicional compete ao Poder Judiciário. A jurisdição como função "expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO). (*Site do CNMP, 2017*)

Cabe destacar apenas que a concepção de função jurisdicional como exclusiva do Estado-Juiz já vem sendo mitigada há muito tempo, em face do exercício atípico pelo legislativo (julgamento de crimes de responsabilidade; CPI) e pelo executivo (decisões em processos administrativos disciplinares). Contudo, o entendimento que prevalecia era de que apenas o órgão estatal poderia proferir decisão com definitividade. Acontece que, com a edição da lei reguladora da arbitragem, este entendimento pode ser visto como superado. Isso se dá em consonância com o movimento contra a superlotação do judiciário e em prol do alcance de solução mais célere para os litigantes.

Feito esse breve adendo, voltemos à análise do julgador estatal.

Assim, tendo como foco o viés social da função do magistrado, destaca Carlos Ferreira:

Dentre as várias funções atinentes ao Estado, talvez a mais humana seja a função jurisdicional;(...). Sem desmerecer as outras funções, como a legislativa e a administrativa, a função jurisdicional vai até o campo de batalha tendo como único fito dirimir o conflito estabelecido pelas diferenças de interesse entre as partes e, com isso, atingir o bem comum, que por sua vez, pode ser visto, direta ou indiretamente, como sendo o objetivo de todas as outras funções do Estado. (PIRES, 2017)

Destaque-se ainda que tal ampliação do exercício da função judicial mostra-se em perfeita consonância com o princípio constitucional da separação de poderes, adotado pelo sistema brasileiro, como acima já declarado.

Nesse ponto, deve-se ter em mente que o ideal da separação de poderes, decorrente da evolução do pensamento desenvolvido por Montesquieu, com origens comumente atribuída à Grécia de Aristóteles, não é pensada hoje de forma a isolar cada esfera de poder governamental em si mesma. Ou seja, os poderes legislativo, executivo e judicial possuem entre si um sistema de freios e contrapesos, de modo que foram criados ferramentas de controle entre eles, como meio de garantir a harmonia e equilíbrio entre as forças estatais. Nesse sentido:

(...) o sistema de freios e contrapesos aparece neste cenário como forma de robustecimento do constitucionalismo, frente à rigidez da separação dos poderes pregada por diversos filósofos e cientistas políticos, o que sugere uma releitura do conceito de separação de poderes, mais condizente com a realidade atual, como se pode extrair do seguinte texto(...) (SOUZA, 2013)

Diante dessa leitura da mudança de paradigmas no tratamento da atuação do magistrado, grande importância ganha apontar breves esclarecimentos sobre o tema da jurisdição constitucional:

Deve-se entender por jurisdição constitucional a interpretação e aplicação do Texto Constitucional em qualquer questão que demande um provimento judicial.

No Brasil, atualmente, esta forma de dizer o Direito está em franco crescimento e alguns fatores concorrem para tanto.

O principal contribuinte dessa ampliação é a nova maneira de se interpretar o Direito, afinal, se ele é visto à luz das disposições constitucionais, por óbvio, os decisórios versarão sobre matéria constitucional, o que pode se dar de muitas formas, seja na implementação de direitos ou no exercício do controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado.

Outra influência é decorrente da própria Constituição Federal, que diretamente prescreveu inúmeros direitos. Isso permite que o particular busque o Poder Judiciário para fazer valer tais direitos, ainda que não exista norma infraconstitucional, afinal as disposições constitucionais têm força normativa. (GUTIERREZ SOBRINHO, 2012)

Essa releitura da função judicial pode ser facilmente extraída das características das normas constitucionais. Ou seja, o caráter supremo e vinculante das normas constitucionais condiciona a forma e o conteúdo dos atos elaborados pelos poderes públicos, sob pena de invalidação.

A atividade do magistrado pode ser compreendida, com um Estado Democrático de Direito, como um instrumento tradutor do sentido das leis de acordo com os valores constitucionais. Ademais, o juiz é responsável pelo preenchimento de lacunas deixadas pela norma através do uso dos métodos integrativos previstos no nosso ordenamento.

Diante de sua importância, faz-se mister destacar as espécies de interpretação e integração admitidas pelo direito brasileiro.

Quanto à atividade interpretativa, é ela tradicionalmente subdividida em três grandes critérios – quanto ao sujeito ou origem; quanto ao modo; e quanto ao resultado.

No que se refere ao sujeito, a interpretação é normalmente classificada como autêntica (quando realizada pelo legislativo), científica ou

doutrinária (como o nome sugere, é aquela feita pela doutrina, através de, por exemplo, livros e artigos acadêmicos) ou judicial (fruto do trabalho dos juízes de primeiros e tribunais), havendo ainda quem aponte uma quarta espécie: a interpretação administrativa.

Quanto à origem ou fonte de que emana, a interpretação pode ser:

- a) Autêntica: quando emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara. Dissemos que a interpretação autêntica emana do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara.
- b) Judicial: é a resultante das decisões prolatadas pela Justiça. Vem a ser aquela que realizam os juízes ao sentenciar, encontrando-se nas Sentenças, nos Acórdãos e nas Súmulas dos Tribunais (formando a sua jurisprudência).
- c) Administrativa: aquela cuja fonte elaboradora é a própria Administração Pública, através de seus órgãos e mediante pareceres, despachos, decisões, circulares, portarias etc. Tal interpretação vincula as autoridades administrativas que estiverem no âmbito das regras interpretadas, mas não impede que os particulares adotem interpretações diversas.
- d) Doutrinária: vem a ser a realizada cientificamente pelos doutrinadores e juristas em suas obras e pareceres.. (RIBEIRO, 2017)

O critério com base no modo de interpretação possui diferentes divisões na doutrina, tal como::

- a) gramatical– que toma como ponte de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal;
- b) lógica – que leva em consideração o sentido das diversas orações e locuções do texto legal;
- c) histórica – que pode ser remota, dirigida, às origens da lei ou próxima que se dirige ao occasio legis, sendo necessário fazer uso de outras ciências afins, para atingir seu objetivo;
- d) sistemática – com relação à própria lei a que o dispositivo pertence ou com relação ao sistema geral do direito em vigor, buscando descobrir a mens legislatoris da norma jurídica (FRANÇA, 2009, p. 23-24).

No tocante ao resultado, a interpretação pode ser declarativa, extensiva ou restritiva:

- a) declarativa – que se limita a declarar o pensamento exposto na lei;
- b) extensiva – que amplia o alcance da norma para além dos seus termos;
- c) restritiva - que parte do pressuposto de que o legislador

escreveu mais do que realmente pretendia, diminuindo o alcance da lei (MONTORO, 2000, p. 374-375).

No que se refere aos meios integrativos, é consolidado o entendimento de que a lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) traz em seu bojo 3 métodos taxativos de integração do ordenamento jurídico pátrio: analogia, costumes e princípios gerais do direito. Nesse sentido:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942)

O que se defende neste ensaio acadêmico é a possibilidade de o juiz, através de uma interpretação sistemática ou de utilização de métodos integrativos, como a analogia, estenda o sentido e alcance da norma civilista de tutela das pessoas com deficiência, com vistas a permitir a sua maior proteção. Afinal, não é outro o entendimento da própria LINDB:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1942)

Ademais, como meio de demonstrar esse novo foco da função judicial mais atuante, indispensável à análise de alguns artigos constantes da parte geral do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.(...)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

Nota-se que a busca pela melhor leitura do diploma normativo pelo juiz não se trata de mera faculdade colocada à disposição do órgão julgante, mas de verdadeira obrigação do magistrado, inerente ao adequado exercício do seu poder-dever.

Defende Aníbal Bruno (1984) que a função interpretativa do juiz – realizada nos limites concedidos pela lei, diante do princípio da segurança jurídica – tem um viés de criação de direito, indispensável para manutenção da eficácia normativa no tocante a sua capacidade de regulação do meio social: “Se a interpretação não tivesse essa função até certo ponto de recriação do Direito, as leis perderiam cedo a sua eficácia reguladora como expressão do sentimento jurídico coletivo, que deve exprimir-se através do Estado na função legislativa” (BRUNO, 1984, p. 214).

Sendo assim, e não podendo ser de outro modo, no direito civil também as leis são submetidas a uma interpretação judicial voltada à satisfação dos atuais anseios da sociedade. Tem-se, nesse contexto, um direito civil constitucionalizado, onde o centro deixa de ser a lei – como o era na época do Estado de Direito – e passa a ser a Constituição, tendo em vista, inclusive, a horizontalização da eficácia dos direitos fundamentais, defendida pelo STF, para o qual os direitos humanos não devem ter sua aplicação limitada ao universo de relação particular-Estado, devendo também ter seu campo de incidência garantido aos atos praticados entre os indivíduos.

Pode-se entender o quadro evolutivo da atividade judicial da seguinte forma:

A passagem do Estado Liberal para um Estado de Direito, com a conseqüente adoção de normas cada vez mais abertas, pautadas na principiologia constitucional, pressupõe uma verdadeira transferência de atribuições entre os poderes. Se antes ao Legislativo cumpria a detalhada previsão normativa de regras fechadas e inflexíveis, de modo que era dispensável qualquer atividade hermenêutica do julgador, agora atribui-se a este, o papel de dizer o direito no caso concreto, interpretando as previsões constitucionais abstratas e amoldando-a ao contexto em que a lide encontra-se inserida, o que implica a necessidade de uma atuação intelectual maior do Poder Judiciário, que considere aspectos valorativos e políticos atinentes a cada caso. (SOUZA, 2013)

Desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento, lido de forma sistêmica e à luz da constituição federal, razão não há para retirar do direito civil os instrumentos idôneos de interpretação.

Pode o magistrado, na medida do possível, e de acordo com o necessário para a proteção da pessoa com deficiência, caso a caso, definir métodos de tutela, de modo a evitar que terceiros de má-fé, ou até mesmo o próprio deficiente, diante de eventual falta de discernimento, acabem por lesionar interesses fundamentais do indivíduo em situação de vulnerabilidade nas relações privadas cotidianas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foco central deste trabalho monográfico buscou-se demonstrar o retrocesso causado pela nova legislação quanto ao tratamento civil da pessoa com deficiência, bem como tentar demonstrar que a função judicial seria capaz de superar tal retrocesso através de uma leitura constitucional do instituto, uma vez que existe até o momento pouca base doutrinária a respeito do tema.

Diante das circunstâncias relatadas ao longo do trabalho, foi possível notar a importância do ideal de dignidade para a leitura adequada do princípio da segurança jurídica, que, lido através do filtro daquela, pode ser visto como veículo garantidor da estabilidade das relações jurídicas do incapaz e, por isso, fundamentador de maior proteção àquele portador de deficiência incapacitante.

Assim é que, embora à primeira vista a nova disciplina dada pelo Estatuto da Pessoa Jurídica à proteção dos atos da vida civil praticados pela pessoa com deficiência, dos estudos empreendidos, notou-se que, na prática, caso o novo texto legal fosse aplicado isoladamente – ou seja, sem a devida interpretação e integração às demais normas protetivas do sistema, especialmente de natureza constitucional – os interesses de deficientes em situação de vulnerabilidade sofreriam visível perda de tutela.

É nesse contexto que se encaixa a função do juiz e sua contribuição benéfica com fins a tratar caso a caso da proteção das garantias do cidadão.

Esse entendimento decorre, inclusive, do novo destaque dado pela Constituição ao princípio da dignidade da pessoa humana, alavancado para a posição de fundamento da República Federativa do Brasil – artigo 1º, inciso III, CF – fato que comprova a sua preocupação cada vez maior com a efetividade dos direitos básicos do indivíduo.

Contudo, é preciso esclarecer que, apesar do grande papel da jurisprudência na criação do direito, não se pode esquecer que ela não tem capacidade de cobrir todas as situações reformadas, como, por exemplo, garantir a mesma proteção ao incapaz por deficiência conferida ao absolutamente incapaz, como a não contagem do prazo prescricional de suas pretensões civis.

É em face de tudo isso que se entende como prejudicial a reforma perpetrada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em face do instituto da incapacidade jurídica dos deficientes por doença mental, vez que reduziu sua tutela em face das situações da vida civil para as quais não possui o necessário discernimento.

Dessa forma, embora não se negue casos episódios insuperáveis de retrocesso social – bem como textos evolutivos, embora estes não relacionados propriamente com o tema da incapacidade – a posição aqui defendida é que o magistrado, através da aplicação de interpretação conforme a constituição, bem como por meio da utilização dos métodos de integração normativa, é capaz de superar em grande parte os entraves causados pela

nova lei, permitindo a proteção adequada dos interesses da pessoa com deficiência.

LIVROS

REFERÊNCIAS

LIVROS

AMARAL, GUSTAVO. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro. Lumen. Juris, 2. Ed. 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. Revista de Direito do Consumidor, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PAULA, DANIEL GIOTTI DE. **Ainda existe separação de poderes?** A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. In: As Novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador. Jus Podivm. 2011, pp. 271-312.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, **Instituições de direito civil**. 25.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012, v. 1.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SITES

ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos de SOUZA. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf>

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro. Código Civil, 2002. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. BRASIL, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Site da Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>.

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. .

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de decisão apoiada: o que é e qual sua utilidade?** Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisaoapoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. .

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista da escola nacional de magistratura**, n. 1, p. 92-118, abr. 2006.

TORRES, Damiana Pinto. **A importância do princípio constitucional da segurança jurídica para o cidadão eleitor**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-3/a-importancia-do-principio-constitucional-da-seguranca-juridica-para-o-cidadao-eleitor>>..

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **As alterações da teoria das incapacidades, à luz do estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/283317036/as-alteracoes-da-teoria-das-incapacidades-a-luz-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. .

SIMÃO, José Afonso. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade** (Parte 2). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>..

Página Principal/Glossário/Função jurisdicional. **Site do CNMP**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/glossario/8042-funcao-jurisdicional>>..

PIRES, Carlos Francisco Borges Ferreira. **Direito administrativo adjetivo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19890-19891-1-PB.pdf>>. .

RIBEIRO, Isaac. **A interpretação do direito**. Disponível em: <<http://www.isaacribeiro.com.br/2009/11/23/a-interpretacao-do-direito/>>..

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. *Apud in*: RAMOS, Chiara. Hermenêutica jurídica: conceitos iniciais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254>>.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. *Apud in*: RAMOS, Chiara. Hermenêutica jurídica: conceitos iniciais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254>>.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. *Apud in*: RAMOS, Chiara. Hermenêutica jurídica: conceitos iniciais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254>>.

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Antigamente, juiz era boca que pronunciava vontade da lei.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-10/antigamente_juiz_boca_pronunciava_vontade_lei>..

SOUZA, Valdelio Assis de. Ativismo judicial e Estado Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3583, 23 abr. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24257>>.

SANTOS, Michelly. **Princípio da segurança jurídica.** Disponível em: <<https://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/171343529/principio-da-seguranca-juridica>>.

SOUZA, Jefferson Augusto Castelo Branco Furtado. **Princípio da segurança jurídica.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-seguranca-juridica,30001.html>>..

LIMA, Daniela de. **Segurança Jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10653>.

ALMEIDA, João Alberto de; SOUZA BRITO, Thiago Carlos de. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada.** Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios.: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7527>>..

LAGINSKI, Valdirene. **Os Princípios e as Regras jurídicas.** Disponível em: <http://laginski.adv.br/artigos/principios_regras.htm>.

GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. Neoconstitucionalismo: apontamentos teóricos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3319, 2 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22345>>.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>..