

Pontifícia Universidade Católica De São Paulo

Ronaldo Vieira Francisco

Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica De São Paulo

Ronaldo Vieira Francisco

Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica De São Paulo

Ronaldo Vieira Francisco

Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor Thiago Lopes Matsushita

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À Nossa Senhora Aparecida, pela fé de chegar até aqui.

*À minha família de origem, meus pais Vitório e Oneide, e
minha irmã, Alessandra, a quem tudo devo.*

*À família que constituí, ao lado de minha esposa Camila e
nossos filhos, Caroline e Gustavo, com todo carinho, pela
força e esperança para me dedicar a este sonho.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto, por me proporcionar a oportunidade de cursar este mestrado, pelos ensinamentos transmitidos, não apenas da ciência do direito, mas pelo exemplo, para toda a vida, de honradez e simplicidade.

Ao Prof. Dr. Thiago Lopes Matsushita, que me acolheu no primeiro momento e me guiou rumo ao tão almejado curso de mestrado.

Ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, magistrado de saber e envergadura, que sempre me incentivou a perseverar na busca dos ideais sonhados.

Ao Promotor de Justiça e amigo Alexandre Rocha Almeida de Moraes, exemplo de retidão e bravura, cujos passos eu de trilhar por toda minha vida.

Ao Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, magistrado de brio e destacada cultura, cujas raízes remontam ao Estado de Mato Grosso do Sul, que de plano aceitou o convite para fazer parte desta banca de mestrado.

Ao Procurador-Geral de Justiça e amigo, Paulo Cesar dos Passos, não poderia deixar de agradecê-lo por franquear esta glória.

Ao Promotor de Justiça e amigo Alexandre Magno Benites de Lacerda, por proporcionar a conquista de chegar ao final deste mestrado.

Ao Promotor de Justiça e amigo Fábio Ianni Goldfinger, pela contribuição inestimável ao triunfo hoje atingido.

Ao promotor e amigo Leonardo Dumont Palmerston, pelo apoio e compreensão durante minhas ausências para cursar as disciplinas do mestrado.

Ao assessor Lucas Sanches Tizzo, por me auxiliar nas pesquisas, nos estudos e debates do tema enfrentado.

À inesquecível turma de filosofia (O cego vê), aos amigos Luiz, Márcio, Raquel, Roberta e Viviane pelos ótimos momentos vividos com vocês.

Ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que me autorizou a cursar o mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

*Podemos ter diferentes religiões, diferentes cores de pele,
mas todos pertencemos a uma raça humana.*

Kofi Annan

RESUMO

Frente à alteração do sistema de incapacidades no Brasil, decorrente da Convenção de Nova York e do subsequente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), o art. 3º do Código Civil de 2002 é revogado, e a partir daí remanesce no ordenamento jurídico apenas o menor absolutamente incapaz. Com base nesta constatação, Códigos Civis da Europa e da Argentina são revisitados, tão somente aqueles que inspiraram os Códigos de 1916 e 2002, para identificar se, nestes países, a assinatura da Convenção de Nova York trouxe mudanças na teoria das incapacidades.

A conclusão surpreende, ao percebermos que, em todos os diplomas analisados, nenhum deles abandonou os antigos sistemas de proteção do incapaz, mantendo-se intacto até mesmo o sistema das nulidades dos atos praticados pelo incapaz, assim como fez o novo Código Civil Argentino.

No Brasil, diferentemente, o que se viu foi o abandono completo da proteção idealizada, ainda no Código Filipino, aos absolutamente incapazes, sob o argumento de que haveria a elevação do *status* da dignidade e da igualdade das pessoas com deficiência.

Sob tal perspectiva, as desmedidas alterações promovidas pela nova teoria das incapacidades, pela Lei n. 13.146, de 2015, especialmente a extinção do absolutamente incapaz maior de 16 anos, ao violar a Constituição Federal de 1988 e a Convenção de Nova York, acaba por fulminar a proteção da segurança jurídica das pessoas desprovidas de discernimento, criando uma situação de retrocesso vedado. É sobre este cenário que se debruça esta pesquisa.

Palavras-chave: Convenção de Nova York. Nova teoria das incapacidades. Maior absolutamente incapaz. Abolimento. Retrocesso Vedado.

ABSTRACT

In view of the change in the disability system in Brazil, resulting from the New York Convention and the subsequent Statute of the Person with Disabilities (Law No. 13,146, of July 6, 2015), art. 3 of the Civil Code of 2002 is revoked, and from that it remains only in the legal system the child completely incapable. Based on this observation, Civil Codes of Europe and Argentina are revisited, only those that inspired the Codes of 1916 and 2002, to identify if in these countries the signing of the New York Convention brought changes in the theory of the incapacities.

The conclusion is surprising, when we realize that in all the diplomas analyzed, none of them abandoned the old systems of protection of the incapacitated, keeping intact even the system of nullities of acts practiced by the incapable, as did the new Argentine Civil Code.

In Brazil, differently, the complete abandonment of the idealized protection, still in the Filipino Code, to the absolutely incapacitated, on the grounds that it would elevate the status of the dignity and equality of persons with disabilities.

From this perspective, the excessive changes promoted by the new theory of incapacities, by Law no. 13166, especially the termination of the absolute incapacity of over sixteen (16) years, violating the 1988 Constitution and the New York Convention, ends up violating the legal security of persons deprived of retracement sealed.

Keywords: New York Convention. New theory of disabilities. Greater absolutely incapable. Abolishment. Fence Backward.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PERSONALIDADE, CAPACIDADE E INCAPACIDADE	13
2.1	Personalidade	13
2.2	Momento da aquisição dos direitos da personalidade	16
2.3	Personalidade do nascituro e as teorias explicativas	17
2.4	Personalidade, capacidade e legitimação	23
2.4.1	Espécies de capacidade	26
2.5	Incapacidade como instrumento de proteção	27
2.5.1	Incapacidade no Código Filipino e no de Beviláqua	31
2.5.2	Nova teoria das incapacidades no Código Civil de 2002	33
2.5.3	Processo de interdição ou curatela	37
3	CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	43
3.1	Introdução	43
3.2	Direitos e garantias individuais previstos em atos e tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional	48
3.3	Influência da Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência sobre a teoria das incapacidades no direito comparado	52
3.3.1	Na França	53
3.3.2	Na Itália	56
3.3.3	Em Portugal	59
3.3.3.1	Situação anterior à Lei n. 49/2018	59
3.3.3.2	Situação após a Lei n. 49/2018	60
3.3.4	Na Argentina	63
3.3.4.1	Situação no Código Sarsfield de 1869	63
3.3.4.2	Situação no Código Civil Argentino de 2014	64
4	DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO	67
4.1	Direito civil constitucional	67
4.2	Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais	71
4.3	Sistema de cláusulas gerais ou janelas abertas	73
5	VEDAÇÃO DO RETROCESSO	75
5.1	Princípio da vedação do retrocesso	75
5.2	Vedação à proteção insuficiente	78
5.3	Fundamentos da vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz	80
5.4	Vedação ao retrocesso e vedação à proteção insuficiente na jurisprudência	83
6	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

Roberto de Ruggiero, professor da Universidade Real de Roma, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, um estudo do *II Codice Civile Italiano*, de 1942, ao comentar sobre a pessoa física, no livro primeiro, traz a compreensão de que a capacidade jurídica é reconhecida a todos os homens. Segundo ele, no entanto, há causas que influenciam sobre ela ou sobre a capacidade de agir, limitando-as ou modificando-as, que podem ser agrupadas em três ordens de fatos naturais ou jurídicos: (a) idade; (b) saúde e (c) condenação penal.

Um pouco diferente da legislação brasileira, é verdade. Mas, dentre as causas de incapacidade, nos acomete ao tema debatido nesta dissertação o item “b” dentre aqueles mencionados acima.

A idade determina a incapacidade civil da pessoa no Brasil (Código Civil, arts. 3º, I, e 4º, I), mas a condenação penal, em nossa terra, impõe outra limitação, a de determinar suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem seus efeitos (Constituição Federal de 1988, art. 15, III).

É bem verdade que a mesma Constituição, em seu art. 15, II, estabelece a suspensão dos direitos políticos nos casos de incapacidade civil absoluta, mas sua aplicabilidade hoje é vazia diante da alteração promovida no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que colocou apenas os menores de 16 anos nessa condição. Ou seja, nessa idade, a pessoa não possui qualquer capacidade eleitoral, ativa ou passiva (Constituição Federal de 1988, art. 14, § 1º, II, c, e § 3º, VI, a, b, c, d).

Sem aprofundar, por ora, no texto da Constituição Federal, voltemos ao tema saúde, como causa determinante, na Itália, da incapacidade.

Para Roberto de Ruggiero,

[...] algumas enfermidades que influem na capacidade das pessoas afetam atos jurídicos determinados, quanto aos quais se torna necessário o uso de um órgão que, desde que falte ou seja vicioso, impede o ato; e outras afetam a capacidade geral dos indivíduos. Tanto umas como outras podem ser físicas ou psíquicas [...] a enfermidade mental, quando habitual, acarreta incapacidade geral. Esta incapacidade pode, porém, ser maior ou menor em plenitude, conforme a maior ou menor gravidade da doença mental. A mais grave, que coloca o enfermo em situação de não saber nem poder prover aos seus próprios interesses, dá lugar à incapacidade absoluta: o maior ou o menor emancipado que dela sofre é posto no estado de interdição (RUGGIERO, 1971, p. 312).

No mesmo sentido, Jacinto Rodrigues Bastos admitia a interdição por incapacidade do maior, por anomalia psíquica, com fundamento nos arts. 123, 138 e 139 do Código Civil Português de 1966, antes da Lei n. 49/2018:

Art. 123:

Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.

Art. 138:

1. Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens.

2. As interdições são aplicáveis a maiores; mas podem ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior à maioridade, para produzirem os seus efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

Art. 139:

Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, o interdito é equiparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios de suprir o poder paternal.

Ao analisar estes diplomas europeus, da Itália e Portugal, inicialmente, percebe-se que os sistemas de incapacidades instituídos nas décadas de 1940 e 1970 (Dec. Lei 496/77, de 1977), respectivamente, não sofreram modificações posteriores, nem mesmo como consequência da Convenção de Nova York, ainda que signatários do instrumento internacional.

Em consulta aos dados das Nações Unidas (ONU) obtidos da conferência dos Estados Partes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, entre 12 e 14 de setembro de 2012, até aquele momento, 126 países ratificaram o documento e 155 eram signatários, dentre os quais o Brasil, a União Europeia e o Japão.

Diversamente, no Brasil, que tem como base do sistema de incapacidades as Ordenações Filipinas de 1603, modernizadas nos Códigos de Beviláqua e Miguel Reale. O legislador, em apressado desejo de reforma, com fundamento no Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou substancialmente o regime de incapacidades, conduzindo os absolutamente incapazes, até então sob mecanismos de proteção do Código Civil, a ficarem expostos a toda sorte.

A evolução do direito civil, assim como os demais ramos do direito privado, levou-nos à releitura dos seus institutos à luz do direito constitucional, inclusive a permitir, de pronto e imediato, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que nada mais é do que a aplicação dos princípios constitucionais que protegem a pessoa nas relações entre particulares.

Seu fundamento está no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ou Convenção de Nova York, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com *status* de Emenda Constitucional, ao adotar o legislador o rito especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Nesta ordem de ideias, os direitos consagrados na Convenção de Nova York possuem *status* de direitos fundamentais, diante do patamar constitucional adquirido ao optar o legislador pela forma especial de ingresso no ordenamento pátrio.

Assim, o art. 12 da Convenção exigiu dos Estados Partes “salvaguardas” para a aplicação dos seus termos. Nas palavras de Celso Lafer, são garantias de proteção e de segurança jurídica não apenas do cumprimento da convenção, mas também dos destinatários a quem um tratado almeja proteção (a mulher, o idoso, a criança, o deficiente).

Logo, ao modificar o sistema de incapacidades, o legislador ordinário impôs ao deficiente e aos demais maiores um retrocesso em segurança e proteção jurídica, violando, frontalmente, direitos fundamentais caros a estas pessoas.

2 PERSONALIDADE, CAPACIDADE E INCAPACIDADE

2.1 Personalidade

Personalidade é o *quid* que faz com que algo seja pessoa. Dizer que uma determinada empresa é sujeito de direitos, que determinado indivíduo é sujeito de direitos, é afirmar que estes entes são dotados de personalidade, podem atuar na vida jurídica, são titulares de posições jurídicas: ou seja, são senhores de seus atos.

Segundo Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, há quem entenda que os conceitos de personalidade jurídica e capacidade jurídica se identificam, porque a personalidade jurídica consistiria na qualidade de o sujeito poder ser titular de poderes e deveres.

Assim afirmam os conceitos de personalidade e de capacidade de direito:

[...] são muito próximos, mas não se confundem: o primeiro é um conceito fundamental, anterior, necessário para a compreensão do fenômeno de revestir-se alguém com a qualidade de ser *pessoa*. Capacidade de direito é um conceito decorrente daquele, que se apreende como consequência de se ter “personalidade”: porque a pessoa se reveste de personalidade, é sujeito de direitos e capaz de direitos e obrigações (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 13).

Sob outro viés, é a partir da ideia de influência direta dos preceitos constitucionais sobre o direito privado que se deve dar a análise dos direitos da personalidade.

A personalidade, à luz da doutrina contemporânea, deve ser lida a partir da cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana contida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, houve a edição do Enunciado n. 274, na IV Jornada de Direito Civil com a seguinte redação:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Nesse contexto, é possível afirmar a partir do enunciado em referência que além de decorrer da dignidade humana, os direitos da personalidade estão previstos em rol não taxativo no Código Civil, razão pela qual há previsão de direitos da personalidade em diversas disposições contidas na legislação nacional.

Decorrendo da cláusula que consagra a tutela da dignidade humana, tratam-se, os direitos da personalidade, de relevante instrumento à tutela deste comando que consubstancia

um verdadeiro fundamento da República, conforme observado do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Esta constatação tem relação direta com o fato de os direitos da personalidade constarem em rol não taxativo. Isso, porque, não é possível catalogar, de maneira estanque, os diversos aspectos essenciais à dignidade humana, de modo que, o reconhecimento de direitos da personalidade, enquanto mecanismo de proteção de aspectos inerentes à dignidade humana, não pode ficar disposto de maneira inalterável: “Em suma, existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*)” (TARTUCE, 2018, p. 101).

Feitas estas considerações, é possível afirmar que a definição dos direitos da personalidade está umbilicalmente relacionada à ideia de dignidade humana, tendo em vista que aqueles se caracterizam como verdadeira forma de sua tutela:

[...] os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado *pessoa*. Em síntese, pode-se afirmar que *os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade* (art. 1º, III, da CF/1988) (TARTUCE, 2018, p. 102).

O reconhecimento dos direitos da personalidade conforme fundamentados na cláusula da dignidade humana, é um fenômeno que vai ao encontro à ideia de personalização do direito civil, assim entendido como a mudança de paradigma do direito civil do patrimônio para a pessoa.

Assim, a preocupação primordial do direito civil deve se voltar, primordialmente, à tutela da pessoa, tendo em vista que o ser humano é o destinatário final de todas as normas emanadas do ordenamento jurídico.

A ideia de alteração do centro gravitacional do direito civil para a pessoa decorre, no mesmo sentido, da ideia de dignidade humana. Sob este aspecto, significativa foi a contribuição da filosofia de Immanuel Kant que, através da sua teoria, ressaltou a importância do valor da pessoa no âmbito da sociedade:

A mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa é de Immanuel Kant. Como se sabe, Kant elaborou uma teoria moral deontológica, fundada em imperativos categóricos – normas passíveis de universalização, que são válidas incondicionalmente para todos e em todas as situações (SARMENTO, 2016, p. 106).

Nessa perspectiva uma das versões do imperativo categórico de Immanuel Kant preceitua “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011, p. 73).

A concepção consagrada no imperativo categórico kantiano possui significativa relevância para a consagração do entendimento hoje vigente da necessidade de respeito à dignidade humana, inclusive no âmbito do direito público.

Assim, os direitos da personalidade

[...] são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (DINIZ, 2007, p. 142).

Nessa perspectiva, “[...] sendo o ser humano o destinatário final de toda norma, forçoso concluir que o estudo da personalidade jurídica tome como parâmetro inicial a pessoa natural [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 127).

Fixadas estas premissas, oportuno mencionar as características do direito da personalidade.

Nesse contexto, a partir da constatação da relação direta existente entre os direitos da personalidade e a cláusula de tutela da dignidade humana, diz-se que uma de suas características é a intransmissibilidade e irrenunciabilidade, conforme disposto no art. 11 do Código Civil de 2002:

a) *Intransmissibilidade e irrenunciabilidade* – essas características, mencionadas expressamente no dispositivo legal supratranscrito acarretam a *indisponibilidade* dos direitos da personalidade. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc. (GONÇALVES, 2012, p. 187).

Além disso, conforme a doutrina, os direitos da personalidade são absolutos e ilimitados:

b) *Absolutismo* – O caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, tem caráter *geral*, porque inerentes a toda pessoa humana. c) *Não limitação* – É ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, nos arts. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo (GONÇALVES, 2012, p. 188).

Ainda, a doutrina afirma que estes direitos são imprescritíveis, de modo que a pretensão à sua tutela não se perde com o decurso do tempo: “essa característica é mencionada pela doutrina em geral pelo fato de os direitos da personalidade não se extinguirem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los.” (GONÇALVES, 2012, p. 189).

Além disso, são os direitos da personalidade impenhoráveis: “Se os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e dela inseparáveis, e por essa razão, indisponíveis, certamente não podem ser penhorados [...]” (GONÇALVES, 2012, p. 190).

Estas características estão diretamente relacionadas ao fato de os direitos da personalidade estarem amparados na cláusula de tutela da dignidade humana, contemplada no texto constitucional, em seu art. 1º, III.

2.2 Momento da aquisição dos direitos da personalidade

Para o direito civil, a personalidade jurídica “[...] é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 28).

Segundo a expressa disposição legal contida no art. 2º, do Código Civil de 2002, a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida.

Esta perspectiva enseja o entendimento no sentido de que o ordenamento jurídico do Brasil adotou a teoria natalista, segundo a qual o nascituro ainda não é sujeito de direito, possuindo apenas expectativa de direitos. Se não ocorrer o nascimento com vida, não terá a pessoa adquirido personalidade jurídica e, portanto, não pode ser considerada titular de direitos.

É na respiração cientificamente comprovável que se completa conformação fática do nascimento. Sem ela, tem-se o parto de natimorto, que, sendo expulso do ventre materno ao termo da gestação com duração mínima normal, mas sem vida, não é sujeito de direito (CENEVIVA, 1999, p. 111).

Não obstante isso, a ideia de que a personalidade se inicia com o nascimento com vida não é posição pacífica na doutrina. Isso porque conforme a previsão da parte final do art. 2º do Código Civil de 2002, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Neste contexto, há significativa divergência na doutrina quanto ao momento em que se considera a aquisição da personalidade. Nesse sentido, há três principais entendimentos: o primeiro, adotado por quem é adepto da teoria natalista, afirma que o início da personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida, enquanto o segundo, acolhido por quem é adepto

da teoria concepcionista, afirma que o início da personalidade jurídica ocorre já na concepção. Além disso, há, ainda, um terceiro posicionamento, o da personalidade condicional, segundo o qual o nascituro é pessoa condicional.

2.3 Personalidade do nascituro e as teorias explicativas

O nascituro “[...] cuida-se do ente concebido, embora ainda não nascido” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 130).

Com o intuito de identificar o momento em que ocorre a aquisição da personalidade jurídica, existem três principais posições: as teorias natalista, da personalidade condicional e a concepcionista.

César Fiuza traz considerações acerca da ideia do início da personalidade jurídica, no direito romano, identificando a existência de contradições já naquele momento:

O Direito Romano é repleto de textos contraditórios, uns apontando na direção natalista, outros, segundo alguns, na concepcionista. Um texto de Ulpiano, jurisconsulto do século III d. C., trata o nascituro como parte das entranhas maternas. O texto se refere a um rescrito destinado ao Pretor Urbano, Valério Prisciano. Cuida do caso em que o marido entende estar sua esposa grávida, e esta o nega. Comenta Ulpiano, que “com base no rescrito, parece muito evidente, não terem lugar os senatusconsultos sobre o reconhecimento de filhos, se a mulher esconder ou negar a gravidez; e não sem razão, pois antes do parto, (o filho) é parte da mulher ou de suas vísceras [...]”. Só após o parto, o marido poderia reivindicar a paternidade. Outro exemplo vem de Papiniano, o príncipe dos juristas do século III. Comentando a Lei Falcídia (40 a.C.), especificamente acerca dos frutos maduros ao tempo da morte, mas percebidos depois dela, Papiniano entendia que os frutos deveriam acrescer ao fundo hereditário pelo valor do tempo em que se estimassem mais preciosos. No entanto, no que “se referia ao filho de escrava, não deveria haver distinção de tempo, uma vez que antes do parto, não se poderia verdadeiramente falar da existência de um ser humano” No entanto, há outros textos romanos que, segundo alguns, apontam para a tese concepcionista. Como exemplo, podemos citar uma sentença de Paulo (século III d.C.), segundo a qual, “quem estiver no útero será tratado como humano, toda vez que se inquirir sobre os proveitos do próprio parto. Quanto ao mais, antes do nascimento, em nada aproveita”. O texto não é, a nosso ver, muito conclusivo. Pelo contrário, parece dizer o mesmo que outro trecho natalista: “a criança concebida será tratada como nascida, todas as vezes que for de seu proveito”. Outro exemplo é um fragmento de Juliano, de acordo com o qual, “aqueles que estão no útero consideram-se da natureza das coisas, segundo o Direito Civil”. Tampouco neste texto, vejo algo de conclusivo a favor da tese concepcionista (FIUZA, 2015, p. 79).

Nesse contexto, percebe-se, historicamente, que sempre houve divergências acerca do momento pelo qual é possível afirmar que a pessoa passa a ser considerada titular de direitos.

É oportuno mencionar, portanto, os principais pontos das teorias que buscam fundamentar o momento da aquisição da personalidade jurídica.

De acordo com a teoria natalista, em conformidade ao art. 2º do Código Civil de 2002, houve a adoção, pelo ordenamento jurídico, desta teoria. Isto significa que somente com o nascimento com vida ocorre a efetiva aquisição da personalidade jurídica, assim entendida como a aptidão para ser considerada titular de direitos, não obstante já de acordo com esta teoria, os nascituros sejam titulares apenas de expectativa de direitos:

A teoria natalista prevalece entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvia de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa (TARTUCE, 2018, p. 77).

Sob tal perspectiva, o nascituro não seria, ainda, titular de direitos, mas de mera expectativa de direito, somente adquirindo efetivamente personalidade jurídica a partir do seu nascimento com vida.

A doutrina filiada à teoria natalista afirma, ainda, que a opção pela teoria natalista, pelo ordenamento jurídico nacional “[...] se deveu, notadamente, às dificuldades para o reconhecimento do instante da fecundação. Por outro lado, o modelo adotado não encontra embasamento na Teoria Geral do Direito, porque não há direito subjetivo sem titular [...]” (NADER, 2016, p. 232).

Críticas à teoria natalista são encontradas na doutrina:

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder às seguintes constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno (TARTUCE, 2018, p. 77).

Percebe-se, com isso, que as principais críticas dirigidas à doutrina natalista se referem à alegação de que não há o devido reconhecimento de direitos à pessoa já concebida, mas que ainda possui vida intrauterina. Afirma-se, também:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa

negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2018, p. 77).

Feitas estas considerações, oportuno tecer algumas ideias acerca da teoria concepcionista: “para a referida teoria, a personalidade do homem se inicia com a concepção, portanto o nascituro é pessoa, e possuirá direitos da personalidade” (CASSETTARI, 2017, p. 48). Assim, essa teoria entende que o nascituro já sustenta a condição de pessoa, razão pela qual já é titular de direitos:

A teoria concepcionista é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção. (TARTUCE, 2018, p. 78).

Os adeptos da corrente concepcionista se pautam em uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, além da parte final do art. 2º do Código Civil, tendo em vista que há previsão em diversos diplomas legais, de proteção ao nascituro:

E são vários os direitos que se pode atribuir ao nascituro, começando pelo direito à vida e prosseguindo com os direitos ao estado de filho, à representação, à curatela, à adoção, à nomeação em testamento, à sucessão aberta etc. Ora, é despiciendo dizer que, segundo a lógica tradicional de nosso sistema jurídico, direitos detêm apenas as pessoas. Sendo assim, muito embora, a primeira parte do art. 2º se refira ao nascimento com vida, o Direito Brasileiro, considerado em seu todo, adota a posição concepcionista (FIUZA, 2015, p. 80).

Assim, a teoria concepcionista “[...] influenciada pelo Direito francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, o *nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa.*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 131).

Além disso, há a teoria da personalidade condicional, segundo a qual “[...] o nascituro possui *direitos sob condição suspensiva*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 131).

Sob a perspectiva da teoria da personalidade condicional, portanto, não se pode falar que o nascituro é titular de direitos sob a condição suspensiva de nascer com vida:

[...] a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. Como entusiastas desse posicionamento, podem ser citados Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua, supostamente. Diz-se *supostamente* quanto ao último jurista, pois, apesar de ter inserido tal teoria no Código Civil de 1916, afirmava que “Parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro”. Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo segue o entendimento da teoria da personalidade condicional (TARTUCE, 2018, p. 78).

Washington de Barros Monteiro, ao se filiar à teoria da personalidade condicional, observa:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A essa situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade. (MONTEIRO, 2001, p. 61).

Os autores tecem críticas à teoria da personalidade condicional, sob a justificativa de que ela enfoca os aspectos patrimoniais olvidando-se, contudo, a necessidade de consideração dos direitos existenciais, os quais o nascituro já seria titular:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos (TARTUCE, 2018, p. 78).

Ainda, identificam alguns autores, na teoria da personalidade condicional, essencialmente, uma decorrência da teoria natalista:

[...] o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida (GONÇALVES, 2012, p. 103).

Assim, segundo alguns autores, a teoria da personalidade condicional não seria uma terceira teoria:

Na verdade, com devido respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente *natalista*, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Não há,

portanto, uma *teoria mista*, como querem alguns. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente *patrimonialista* não pode prevalecer (TARTUCE, 2018, p. 78).

Feitas estas considerações, oportuno esclarecer que no âmbito dos Tribunais Superiores, há posições tanto defendendo a adoção da teoria natalista quanto defendendo a adoção da teoria concepcionista. Não obstante isso, modernamente os Tribunais tendem a adotar a teoria concepcionista.

No sentido de que o ordenamento jurídico adotou a teoria concepcionista é a ementa do Recurso Extraordinário n. 99.038, do Supremo Tribunal Federal¹, oportunidade em que a Corte expressamente consignou que o nascituro possui apenas expectativa de direito.

Encontra-se, contudo, entendimento no próprio Supremo Tribunal Federal que reconhece alguns dos seus direitos.

Alguns autores indicam que no julgamento da Reclamação n. 12.040/DF, a Corte acolheu a teoria concepcionista, “[...] reconheceu ao nascituro o direito de ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se-lhe, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame de DNA, apesar da oposição da genitora” (GONÇALVES, 2012, p. 106).

Além disso, há doutrina que perfilha o entendimento no sentido de que os Tribunais adotam a teoria concepcionista: “A corrente concepcionista tem também prevalecido na recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (TARTUCE, 2018, p. 79).

Para corroborar seu posicionamento, o autor indica julgado no qual houve o reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça² de indenização por danos morais ao nascituro, decorrente da morte de seu pai ocorrida antes do seu nascimento.

Este entendimento foi adotado pelo Tribunal, por ocasião do julgado do Recurso Especial n. 399.028 de São Paulo, quando consignado: “[...] o nascituro também tem direito

¹ CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARÁ DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS À IRMÃ DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JÁ NASCIDO. (STF, RE 99.038/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, j.18-10-1983).

² DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional (STJ, REsp 399028 SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.26-02-2002).

aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*.”

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça observou que o ordenamento jurídico reconhece a teoria concepcionista ao julgar que o nascituro deveria receber tratamento igualitário aos outros filhos já nascidos, em razão do falecimento de seu pai decorrente de acidente de trabalho.³

Na oportunidade do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça consignou:

[...] é impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.

Além disso, é importante consignar a edição, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, do Enunciado n. 1: “Art. 2º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.”

Percebe-se, da redação do enunciado em questão, que o Conselho da Justiça Federal adotou o entendimento de que, independentemente do nascimento com vida, o nascituro deve já ser considerado titular de alguns direitos da personalidade, dentre os quais o direito ao nome, à imagem e à sepultura.

Diante destas considerações, é possível observar que, embora se encontre posições em sentidos diversos, tanto no âmbito da doutrina (em que ora se adota a teoria natalista, ora a personalidade condicional e ora a teoria concepcionista) e na jurisprudência (em que ora se adota a teoria natalista e ora a concepcionista), modernamente tem prevalecido no âmbito da

³ RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. *DIES A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. – Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. – Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. – É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. – Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula n. 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes – É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes. – A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido (STJ, REsp 931556 RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.17-06-2008).

jurisprudência uma tendência pela adoção da teoria concepcionista. Isso porque, conforme os julgados mencionados, a jurisprudência tem reconhecido a titularização de direitos pelo nascituro, desde a concepção, independentemente da superveniência do nascimento com vida.

2.4 Personalidade, capacidade e legitimação

Conforme especificado, a personalidade pode ser entendida como a “[...] aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica” (GONÇALVES, 2012, p. 94).

De outro lado, a capacidade, segundo afirmação corrente na doutrina, se trata da medida da personalidade, entendimento extraído a partir da análise do art. 1º do Código Civil de 2002: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” Diante disso, afirma-se:

O art. 1º do novo Código entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é *capaz* de direitos e deveres na ordem civil” (grifo nosso). Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos tem, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *aquisição* de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc. (GONÇALVES, 2012, p. 95).

O conceito de capacidade, neste contexto, complementa o de personalidade, tendo em vista que aquela pode ser compreendida como “a aptidão para adquirir direitos e exercer por si, ou por outrem, atos da vida civil” (CASSETARI, 2017, p. 56).

Assim, “adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 137).

A legitimação, de seu turno, é bem definida pela doutrina:

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender, contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: ‘os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam’. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, ‘legitimado’ para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação à determinada relação jurídica. A legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações (VENOSA, 2001, p. 139).

Afirma-se, neste contexto, que a legitimação se trata de um aspecto da capacidade, com esta não se confundindo, tendo em vista que a legitimação se restringe a aspectos pontuais das relações estabelecidas pelas pessoas, conforme determina especificamente o ordenamento jurídico.

Assim, a capacidade é estabelecida genericamente, abrangendo os atos em geral da vida, enquanto a legitimação, por sua vez, está diretamente relacionada a tratativas específicas que, de acordo com a ordem jurídica, demanda a necessidade de um requisito específico para sua prática.

Para Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, a personalidade é um fenômeno de “investidura” experimentado pelos sujeitos (pessoas naturais, pessoas jurídicas, patrimônios personificados, como ocorre com as fundações); a capacidade é uma eficácia atributiva própria dessa investidura. Há uma sutil diferença entre “personalidade” e “capacidade”:

[...] ainda que se tenha de reconhecer que ambos os fenômenos – da investidura do ser como sujeito (personalidade) e da atribuição natural que dessa investidura decorre para o sujeito, de titularizar direitos e obrigações (capacidade) – tenham lugar contemporaneamente. O conceito de capacidade está enraizado no conhecimento básico teórico do sistema jurídico, a partir do tripé (sujeito-ato-objeto) em que se apoia a Teoria Geral do Direito Privado, porque é a condição de ter *capacidade jurídica*, ou a *capacidade de ter direitos*, ou, ainda, a capacidade de gozo de direitos que qualifica o sujeito, ou seja, a pessoa.

Limongi França afirma que todo homem nasce sujeito de direitos e de obrigações, com capacidade para gozar de direitos e de arcar com ônus, deveres e obrigações, em virtude da capacidade de direitos que “principia com o nascimento da pessoa com vida, diz a lei, que termina com o fim da personalidade, ou seja, com a morte da pessoa, fim do sujeito de direitos” (FRANÇA, 1991, p. 53).

A *legitimação ou legitimidade negocial*, portanto, exige que, para a prática de determinado ato, seja preenchido certo requisito legal, como se dá no caso da compra e venda entre ascendente e descendente regulada pelo art. 496 do Código Civil de 2002. Diante disso, afirma-se:

Capacidade não se confunde com *legitimação*. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações. Assim, por exemplo, o ascendente é genericamente capaz, mas não estará legitimado a vender a um descendente se o seu cônjuge e os demais descendentes expressamente não consentirem (Código Civil, art. 496) (GONÇALVES, 2012, p. 96).

A doutrina identifica alguns exemplos de legitimação estabelecidos pela legislação:

Em virtude de um interesse que se quer preservar, ou em consideração à especial situação de determinada pessoa que se quer proteger, criaram-se *impedimentos circunstanciais*, que não se confundem com as hipóteses legais genéricas de incapacidade. O tutor, por exemplo, embora maior e capaz, não poderá adquirir bens móveis ou imóveis do tutelado (art. 1.749, I, do CC-02 e art. 428, I, do CC-16). Dois irmãos, da mesma forma, maiores e capazes, não poderão se casar entre si (art. 1.521, IV, do CC-02 e art. 183, IV, do CC-16). Em tais hipóteses, o tutor e os irmãos encontram-se *impedidos de praticar o ato por falta de legitimidade ou de capacidade específica para o ato*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 138).

Feitas estas considerações, é possível concluir que a personalidade se trata de um conceito abrangente que pode ser entendido como uma aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações, de modo que, neste contexto se trata de um pressuposto para a aquisição de direitos e a contração de obrigações.

De outro lado, a capacidade é medida da personalidade, tendo em vista que é ela quem viabilizará a indicação acerca da possibilidade do exercício por si próprio ou, ainda, da necessidade de eventual assistência ou representação para a prática dos atos da vida civil.

A *legitimidade*, por seu turno, está relacionada à possibilidade de exercício de atos específicos, situações em que o ordenamento jurídico expressamente estabelece a obrigatoriedade do preenchimento de determinadas condições para a prática de um ato; é, portanto, uma capacidade específica.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior afirmam que a legitimidade negocial é a aptidão concreta para celebrar determinado negócio jurídico, decorrente de específica relação com outros sujeitos de direito ou com o objeto da declaração.

Pontua Cariota Ferrara que, no conceito de legitimidade, compreende-se:

a idoneidade a se tornar sujeito ativo ou passivo de uma dada relação concreta, precisamente para assumir a relação jurídica tida em mira com o negócio. Essa, por regra, segue a capacidade jurídica e a capacidade de agir: qualquer sujeito, em linha de princípio, pode adquirir, por exemplo, um bem de propriedade de outro sujeito, comprando-o, recebendo-o em doação etc. Mas intervém agora normas proibitivas (vedações legislativas) pelas quais determinadas categoriais de pessoas não podem se tornar adquirentes de certos bens a receber ou conseguir vantagens em confronto com outras pessoas de determinada categoria (FERRARA, 1949, p. 592-593).

Sucedo, portanto, que a ilegitimidade é a proteção existente no ordenamento jurídico dos interesses de outros sujeitos, ou seus bens, ou sua família, apresentando-se como impedimento para agir de forma específica, e não de modo geral, como ocorre no sistema de incapacidades.

A falta de legitimidade de um negócio jurídico conduz, muitas vezes, à sua invalidade, especialmente quando o negócio, sem o fator legitimante, for contrário à lei (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 17).

Isso porque a ilegitimidade acarreta uma irregularidade da declaração. Sob o aspecto positivo (legitimidade), poderia ser tomada como uma qualidade do agente, tal e qual a capacidade. Encarada pelo lado negativo (ilegitimidade), resolve-se, porém, em caso de negócio de objeto ilícito, isto é, no qual o conteúdo do negócio é proibido por lei, negócio com objeto *contra legem*. Tratando-se de defeito da declaração, suas sanções serão comuns ao direito brasileiro. Nulidade ou anulabilidade, embora a inoponibilidade (ineficácia relativa) fosse, em muitos casos, preferível (AZEVEDO, 1986, p. 158).

Esclarecedoras as lições de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, ao ressaltarem que o negócio jurídico pode, metodologicamente, ser analisado em três planos ou momentos. Tratam-se dos planos de existência, validade e eficácia (2015, p. 17):

O plano da existência é formado por elementos, o plano da validade por requisitos e o plano da eficácia por fatores. Os elementos de existência, como os requisitos de validade devem respectivamente apresentar-se e verificar-se no momento de formação do negócio jurídico, isto é, no instante mesmo em que se considera formada a declaração negocial. Nos negócios de formação sucessiva, quando se der o último ato de formação processual do negócio jurídico.

Assim, a legitimidade atua, como vimos, no plano de validade do negócio jurídico, de modo que o negócio praticado por agente ilegítimo é inválido.

2.4.1 Espécies de capacidade

A capacidade se subdivide em duas espécies: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

Nesse contexto, a capacidade de direito é aquela que todos adquirem tão logo haja o nascimento com vida. Diz-se que se trata da capacidade para adquirir direitos. Ou seja, havendo nascimento com vida, então haverá a aquisição da capacidade de direito.

A capacidade de direito, portanto, é um atributo de todas as pessoas:

O art. 1º do novo Código entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é *capaz* de direitos e deveres na ordem civil” (grifo nosso). Afirmar que homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada capacidade de *aquisição* de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de

discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações etc. (GONÇALVES, 2012, p. 95).

Assim, é possível afirmar que a pessoa, tão logo nasça, adquire a capacidade de direito ou de gozo. Trata-se, desse modo, a capacidade de direito, de característica comum a todo ser humano: “todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 137).

Esta situação implica, ainda, no fato de que a capacidade de direito não pode ser renunciada pelo indivíduo, porquanto, a tão somente caracterização da condição humana já lhe confere a capacidade de direito ou de gozo:

Capacidade de direito ou de gozo – *não pode ser recusada ao indivíduo*, pois é ínsita a quem possui personalidade jurídica. Ela é definida como a medida jurídica da personalidade, ou seja, a extensão dos direitos e deveres de uma pessoa, motivo pelo qual ela não se confunde com personalidade, já que a última dá aptidão e a primeira mede sua extensão. Cumpre lembrar que a capacidade de direito inicia com o nascimento com vida (CASSETTARI, 2017, p. 57).

Percebe-se, com isso, que a capacidade de direito, não obstante seja característica de toda pessoa assim como a personalidade jurídica, com esta não se confunde, na medida em que a personalidade jurídica é adquirida, a depender da teoria adotada, desde a concepção, enquanto a capacidade de direito é adquirida com o nascimento com vida. Além disso, a capacidade deve ser entendida como a medida da personalidade tendo em vista que a personalidade é a aptidão para adquirir direitos, enquanto a capacidade estabelece os poderes para adquiri-los e exercê-los.

2.5 Incapacidade como instrumento de proteção

A incapacidade da pessoa é a falta de aptidão para praticar pessoalmente atos da vida civil. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, encontra-se nessa situação: “[...] a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 70).

Para Sílvio de Salvo Venosa, a capacidade de fato é a aptidão da pessoa para exercer por si mesma os atos da vida civil. Essa aptidão requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato:

Essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil. Para esses atos, será necessário que sejam devidamente representados pelos pais ou representantes legais. A incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos, em princípio apenas assistidos pelos pais ou representantes. Trata-se, como se vê, de uma incapacidade limitada. Assim, nesse diapasão, distingue-se a capacidade de gozo, que todo ser humano possui, da capacidade de exercício ou capacidade de fato, que é a aptidão de exercer, pessoalmente os atos da vida civil, a qual pode sofrer restrições, por várias razões. Destarte, as incapacidades reguladas no ordenamento são apenas as de exercício ou de fato, pois a capacidade de gozo é atribuída a todo ser humano. Sob esse prisma, o Código distingue essa partição entre capacidade absoluta e relativa (VENOSA, 2013, p. 144).

Segundo Paulo Nader, a personalidade jurídica é assegurada a toda pessoa pelo ordenamento civil brasileiro. Basta ser ente humano para ser agente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. Esta capacidade é, portanto, atributo essencial da personalidade humana. Para ele, capacidade de fato é aptidão para exercitar direitos e deveres:

A lei permite a qualquer pessoa a titularidade de bens, assim, um recém-nascido ou alguém mentalmente incapaz, poderá ser proprietário de um apartamento, mas faltar-lhe-á condição para administrar o imóvel por si mesmo. Ambos possuem capacidade de direito, todavia são incapazes de fato. Como a capacidade de fato é importante para a participação na vida social, notadamente para quem possui patrimônio a administrar, determina a lei civil o suprimento da incapacidade, seja pelo poder familiar, pela tutela ou curatela. Há duas espécies de incapacidade de fato: a absoluta e a relativa. A lei civil discrimina as hipóteses de uma e de outra e estabelece efeitos jurídicos distintos para ambas. Enquanto na incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isso a lei indica o seu representante, na relativa deve participar do ato devidamente assistida por alguém. Os negócios jurídicos praticados diretamente pelos absolutamente incapazes são nulos de pleno direito, conforme previsão do art. 166, I, do Código Civil. Nessa hipótese, se o participante do negócio provar que a importância paga trouxe proveito para o incapaz, poderá pleitear a sua devolução. A ordem jurídica registra, ainda, as *chamadas capacidades especiais* e as *proibições legais*. As primeiras se distinguem da capacidade que a doutrina registra como plena e que é alcançada, em regra, quando a pessoa completa a idade de dezoito anos. É que, para determinadas responsabilidades, a ordem jurídica exige idade superior àquela, como o faz aos pretendentes a determinados cargos públicos, como os de presidente ou vice-presidente da República e para senador, para os quais a Constituição Federal, pelo art. 14, § 3º, VI, “a”, impõe o limite mínimo de trinta e cinco anos. Aos setenta anos de idade, o cidadão perde a capacidade para permanecer em cargo público (Const. Fed., art. 40, § 1º, II – **hoje 75 anos, nos termos da EC/88, de 2015**), excetuados os membros do Supremo Tribunal Federal; a celebração de casamento haverá de ser, forçosamente, pelo regime de separação de bens para a pessoa maior de setenta anos (C. Civil, art. 1.641, II). Quanto às proibições legais, estas são impostas em função de determinadas situações em que as pessoas se encontram: é anulável a doação por parte do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (C. Civil, art. 550); é nula a doação de todos os bens, sem reserva de meios de subsistência do doador (C. Civil, art. 548) (NADER, 2016, p. 238).

Perfilham da mesma compreensão de incapacidade Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A incapacidade civil absoluta marca-se pela *impossibilidade plena* de o sujeito de direitos, por si próprio, exercer direitos e contrair obrigações [...] A incapacidade relativa é marcada [...] por alguma situação em que se faça vislumbrar não dispor o sujeito de direito de *suficiente discernimento* para o exercício pleno da capacidade de realizar determinados atos ou vivenciar certas situações concretas da vida civil (NERY JUNIOR; NERY, 2011, p. 215-216).

Caio Mario da Silva Pereira, ao discorrer sobre a incapacidade, esclarece:

A capacidade de *direito*, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Por isso mesmo dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio. Onde falta esta capacidade (nascituro, pessoa jurídica ilegalmente constituída), é porque não há personalidade. Mas a capacidade de direito ou de aquisição pode sofrer eventualmente restrições. Em regra, ocorre a restrição à capacidade de direito, sem confusão com a falta de capacidade de fato, quando se defrontam direitos personalíssimos, recusados em condições especiais. Aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de direito, recusa-lhes a *autodeterminação*, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em *incapacidade*. Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é capaz, ou tem capacidade de fato, exercício ou de ação; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem capacidade de fato. Regra é, então, que toda pessoa tem capacidade de direito; mas nem toda pessoa tem a *de fato*. Toda pessoa tem a faculdade de adquirir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade. Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade a exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e *expressamente decorrente de lei*, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de direito, seja de fato (PEREIRA, 2011, p. 226).

Por sua vez, Silvio Rodrigues afirma o sentido protetivo da teoria das incapacidades:

A lei, tendo em vista a idade, a saúde ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de *protegê-las*, não lhes permite o exercício pessoal de direitos. Assim, embora lhes conferindo a prerrogativa de serem titulares de direitos, nega-lhes a possibilidade de pessoalmente os exercerem. Classifica tais pessoas como incapazes. Portanto, incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos [...] O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura *protegê-las*. Partindo de que ao menor falta maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses. Com efeito, através de medidas várias, o legislador estabelece um sistema de proteção para os incapazes. E a jurisprudência, inspirada no sentido moral da regra e no anseio de proteger, dentro das normas de justiça, os incapazes, tem estendido ou restringido tal proteção, de acordo com as imposições do caso concreto. Em todo caso, é mister ter-se em vista que têm direito à proteção somente as pessoas que a lei define como incapazes (RODRIGUES, 2003, p. 40).

A incapacidade – que atinge a *capacidade de exercício* – tem variadas causas, que podem decorrer da idade, do estado de saúde física ou mental da pessoa ou de outra especial situação que a faz temporária, definitiva, total ou parcialmente impossibilitada de reger, por si, sua pessoa e bens.

Enquanto a capacidade de direito, ou a capacidade de gozo de direitos, é inerente a todo ente dotado de personalidade, ou seja, a toda pessoa ou sujeito de direitos, nem todos possuem a capacidade de exercer esses direitos.

Para todas as situações de incapacidade, lecionam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, o direito reserva uma solução, por intermédio de institutos civis, colocando a pessoa incapacitada sob a proteção jurídica de alguém que pode salvaguardar-lhe os direitos (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 15).

A proteção do incapaz, todavia, não se circunscreve à representação ou assistência por alguém, notadamente em relação ao absolutamente incapaz.

Isso porque o ordenamento jurídico sempre estabeleceu disposições especiais de proteção a eles, como o tratamento diferenciado da prescrição, da invalidade dos negócios jurídicos, de alguns contratos e nas atividades mercantis (Código Civil, arts. 198, I, 166, I, 543 e 974, § 3º, III).

A Constituição Federal ainda protege os interesses da nação ao prever, no art. 15, II, a suspensão dos direitos políticos nos casos de incapacidade civil absoluta.

Os direitos políticos já adquiridos, explica André Ramos Tavares, podem ser suspensos ou perdidos por seu titular, nos casos enumerados pela Constituição Federal (art. 15):

Denominam-se suspensão os casos de afastamento temporário dos direitos políticos. Sua perda implica a ideia de afastamento definitivo, privação terminante. Contudo, a Constituição de 1988, ao contrário da tradição constitucional anterior, não apartou os casos de perda dos de suspensão, adotando a técnica reprovável de enunciá-lo conjuntamente [...] percebe-se nitidamente que a hipótese de condenação criminal é de mera suspensão. Assim, se deve considerar, seguindo a linha do Direito Constitucional anterior, também o caso de incapacidade civil absoluta e o de improbidade (TAVARES, 2018, p. 693).

Para J. J. Gomes Canotilho, aquele que, por incapacidade civil absoluta, não consegue gerir os próprios negócios jurídicos privados, não pode, segundo a Constituição, pretender conduzir os negócios de natureza pública (CANOTILHO, 2014, p. 686).

Desse modo, aquele que for interdito para a vida civil, reconhecida sua incapacidade absoluta, também terá suspensos os seus direitos políticos.

2.5.1 Incapacidade no Código Filipino e no de Beviláqua

Sob a perspectiva histórica, o ordenamento jurídico pátrio encontra nas Ordenações Filipinas a compreensão inicial da teoria das incapacidades, época em que já se fazia a distinção entre os absoluta e os relativamente incapazes, e se apontavam as causas determinantes da incapacidade para a prática dos atos da vida civil.

Nesse momento, assinalava Clóvis Beviláqua quanto ao critério etário, “a incapacidade absoluta, para os actos da vida civil, terminava aos 12 anos para a mulher e aos 14 para o rapaz, considerados, até então, impúberes”. A partir de então, os menores eram considerados relativamente incapazes (BEVILÁQUA, 1916, p. 175). Os expostos tinham a maioridade fixada aos 20 anos (reg. n. 5, 604, de 25 de abril de 1874, art. 53).

O Código Civil de 1916 foi o primeiro genuinamente brasileiro a regular “os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações” (art. 1º).

Pela disciplina da Lei Civil de 1916, que teve vigência entre 1917 e 2003, a incapacidade, absoluta e relativa, era determinada pela idade (critério etário) ou por outra causa (loucura, surdo-mudez, ausência, mulher casada, prodigalidade e silvícolas).

Os absolutamente e os relativamente incapazes figuravam nos arts. 5º e 6º do Código Civil de 1916, nessa ordem:

- Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
- I – Os menores de dezesseis anos.
 - II – Os loucos de todo o gênero.
 - III – Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
 - IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.
- Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:
- I – Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
 - II – As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
 - III – Os pródigos.
 - IV – Os silvícolas.
- Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Washington de Barros Monteiro criticava a expressão “loucos de todo gênero” prevista no art. 5º, II, do Código Civil de 1916. Para ele, era preferível o uso da palavra *alienados*, esta sim compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente ou duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas:

Qualquer que seja a causa da perturbação psíquica, seja ela congênita ou adquirida, desde que impeça o entendimento e a formação da vontade da pessoa, acarretará a incapacidade absoluta prevista na lei, devendo, porém, ser situação permanente,

normalmente irreversível, e que conduza à interdição do paciente e nomeação de curador que o represente nos atos da vida civil (MONTEIRO, 2012, p. 79).

A surdo-mudez (art. 5º, III), dizia Clóvis Beviláqua, aproxima o paciente do alienado; algumas vezes, assim não o será. O direito civil coloca-se no ponto de vista da manifestação da vontade:

Se o surdo-mudo pode exprimir a sua vontade, de modo satisfactorio, é porque possui uma inteligência normal, capaz de discernimento e de adaptação ao meio social; se não consegue exprimir-se, de modo satisfatório, é porque sofre de uma lesão central, que o isola do mundo e o torna um alienado (BEVILÁQUA, 1916, p. 179).

No caso do ausente (art. 5º, IV), como ele era um desaparecido, afirma-se, não se sabe se está vivo ou morto, razão pela qual sua incapacidade é absoluta:

[...] pela força das circunstâncias, elle não pode intervir na administração dos seus bens. O Código não se occupa do ausente na parte geral, senão para assignalar a sua incapacidade absoluta, e referir-se á presumpção de sua morte. As regras relativas á determinação da ausencia, á morte presumida, á curadoria dos bens do desaparecido, á successão provisoria e definitiva do presumido morto, encontram-se no Direito de Família, porque é, principalmente, em attenção aos interesses da família, que se tomam providencias sobre os bens do ausente (BEVILÁQUA, 1916, p. 179).

Dentre as hipóteses em que a incapacidade é relativa, criticava Clóvis Beviláqua que as mulheres casadas conservassem tal estado, no art. 6º, II, do Código Civil de 1916:

As últimas restricções que ainda continha o direito anterior, como persistencia de antiquada concepção jurídica, a exclusão da tutoria, não sendo ascendente da pessoa tutelada, a incapacidade para assumir responsabilidade por terceiro, ou de ser testemunha em testamento foram eliminadas. Realmente a mulher possui capacidade mental equivalente á do homem, e merece igual protecção do direito. Já é um sacrificio á justiça submettel-a á autoridade do marido, pela necessidade de harmonizar as relações da vida conjugal. Revoltante seria, em nossa epoca, cercear-lhe direitos civis, com fundamento de uma falsa doutrina sobre o valor psychico do sexo feminino. Não é a inferioridade mental a base da restricção imposta á capacidade da mulher, na vida conjugal, é a diversidade das funções que os consortes são chamados a exercer (BEVILÁQUA, 1916, p. 179).

A prodigalidade no Código de 1916, assim como previam as Ordenações do Reino, é forma de interdição de quem desordenadamente gasta e destrói seu patrimônio (art. 6, III).

E por último, os silvícolas estavam sujeitos à incapacidade relativa, enquanto não adaptados (art. 6º, IV, e parágrafo único).

O uso da palavra silvícola tornava claro que se referia aos habitantes das florestas, os aborígenes ou índios, e não àqueles que se achavam confundidos na massa geral da população, aos quais se aplicam os preceitos do direito comum.

2.5.2 Nova teoria das incapacidades no Código Civil de 2002

Originalmente os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 continham a redação a seguir, que vigorou por 13 anos, entre janeiro/2003 e janeiro/2016:

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.

Posteriormente, em decorrência das mudanças inseridas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, o sistema de incapacidade que vinha sendo seguido desde as Ordenações Filipinas foi completamente modificado, suprimindo-se completamente todas as *causas* que faziam referência ao estado mental da pessoa, como a deficiência mental, a enfermidade mental e o excepcional.

Ficaram assim os novos arts. 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
 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 e os viciados em tóxico;
 III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
 IV – os pródigos.
 Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Preferiu o legislador, nesta nova fase da teoria das incapacidades, influenciado pela Convenção de Nova York, afastar-se dos estados patológicos, que acabavam por estigmatizar as pessoas, rotulá-las, para, tão somente no art. 4º, III, afirmar que, independentemente da causa, será relativamente incapaz quem, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade.

Para Cristiano Chaves de Farias e Rogério Sanches Cunha:

O simples fato de uma pessoa humana ter algum tipo de deficiência (física, mental ou intelectual), por si só, não é o bastante para caracterizar uma incapacidade jurídica. Um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o

absoluto desatrelamento entre os conceitos de *incapacidade civil* e *deficiência*. São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2017, p. 239).

Comparando as redações passadas e vigentes, logo de início, é possível perceber, no art. 3º, que foram revogados todos os incisos nele previstos, para considerar absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos (impúberes), não havendo, portanto, *maiores* absolutamente incapazes. Agora, considera-se o *critério etário*, sem necessidade de qualquer processo de interdição ou de nomeação de um curador (*presunção absoluta de incapacidade*).

Nas palavras de Flávio Tartuce, o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando sua dignidade:

Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a *dignidade-liberdade* substitui a *dignidade-vulnerabilidade*. Nesse contexto, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no art. 3º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, também ora alterado. Como se pode perceber, no último preceito não há mais a menção às pessoas com deficiência no inciso II. Quanto ao termo excepcionais sem desenvolvimento completo (art. 4º, III), ele foi substituído pela antiga expressão que se encontrava no anterior art. 3º, III, ora revogado (“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”). Em suma, podemos dizer que houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades (TARTUCE, 2016, p. 84).

O que era determinante para que estas pessoas fossem consideradas incapazes, como vimos, era a condição patológica aliada à *ausência* ou *diminuição* de discernimento. A partir da nova teoria da incapacidade, até mesmo a completa ausência de discernimento da pessoa maior não lhe assegura a condição de absolutamente incapaz, o que é um retrocesso, se pensarmos em algumas proteções especiais dadas a estes incapazes, o que veremos mais adiante.

Em relação à incapacidade relativa por idade (Código Civil, art. 4º, I), nenhuma alteração sofreu o texto original do diploma civil, mantendo nesta condição os maiores de 16 e menores de 18 anos.

No art. 4º, II, não há mais referência aos deficientes, que deixam de ser considerados relativamente incapazes, como antes estava disciplinado. No mesmo inciso, todavia, foram mantidos os *ébrios habituais* (alcoólatras) e os *viciados em tóxicos* (toxicômanos), que continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com sentença judicial, para o reconhecimento de sua incapacidade.

Também foi alterado, no art. 4º, III, que não mais alude aos *excepcionais* sem desenvolvimento completo, como o portador de síndrome de Down, por exemplo, que doravante é plenamente capaz.

O art. 4º, IV, não é novo em conteúdo. Sua redação é praticamente a mesma do antigo art. 3º, III, do Código Civil. A novidade aqui fica por conta de sua localização. O legislador migrou o inciso III do art. 3º para o inciso IV do art. 4º, ou seja, quem, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade, era absolutamente incapaz, e hoje é relativamente capaz. Apenas um detalhe. Enquanto antes, no art. 3º, III, falava-se em “causa transitória”, no vigente art. 4º, IV, emprega-se o termo “causa transitória ou permanente”.

Os critérios de *incapacidade*, assim, são de duas ordens: (a) uma *objetiva* (idade, Código Civil, arts. 3º e 4º, I) e; (b) outra *subjetiva* (psicológico, Código Civil, art. 4º, II, III e IV). Eventualmente, e em casos excepcionais, os deficientes podem ser tidos como relativamente incapazes, se ocorrer algum enquadramento do novo art. 4º, II a IV, do Código Civil. Caso contrário, são capazes.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no art. 6º, complementa os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, mostrando a tendência moderna de diálogo das fontes, ao proclamar que deficiência *não afeta a plena capacidade civil da pessoa*, para quaisquer dos *atos existenciais* previstos nos incisos I a V, entre os quais casar-se e constituir união estável (inciso I); exercer direitos sexuais e reprodutivos (inciso II); exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (inciso III).

Da leitura dos artigos de incapacidade do Código Civil e do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência surgem duas situações bem distintas em relação ao deficiente, porque pode haver: (a) *deficiência sem curatela* e (b) *deficiência com curatela*, caso em que existirá incapacidade relativa. Neste último caso, a curatela pode ser ampla ou limitada, situação em que o interdito poderá, autonomamente, exercer alguns atos (Código de Processo Civil, arts. 753, § 2º e 755, § 3º). Ainda assim, a curatela alcança apenas os atos negociais. Na deficiência sem curatela, a pessoa ainda pode requerer acordo de tomada de decisão apoiada.

Mais adiante, no art. 84, o Estatuto reafirmou o exercício da capacidade legal do deficiente nas mesmas condições das demais pessoas: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

A curatela, portanto, se mantém possível, não em relação à prática dos *atos existenciais* (casamento, voto, por exemplo), mas tão somente aqueles relacionados aos direitos de *natureza patrimonial e negocial* (arts. 84 e 85).

Quando o deficiente não puder exprimir sua vontade, por exemplo, poderá ser submetido à *ação de curatela* (ou *interdição*), caso em que terá sua incapacidade reconhecida pelo juiz.

A incapacidade etária do menor dispensa a intervenção judicial, pois decorre diretamente da lei.

Assim, não existe mais pessoa absolutamente incapaz maior de idade. Como consequência, não há que se falar em ação de *curatela/interdição* absoluta no sistema civil brasileiro, pois os menores não são interditados.

Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o direito civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.

As alterações no sistema de incapacidades foram pensadas em prol da integração das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social.

Porém, uma observação é necessária. O processo de inclusão das pessoas com deficiência, no plano interno, não é novidade que advém do novo Estatuto. Seu início remonta à Constituição Federal de 1988, que compreende entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e pela previsão de que compete às pessoas jurídicas de direito público interno legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (arts. 1º, III, e 24, XIV). As Constituições anteriores não previam normas de inserção e de promoção social do deficiente.

O Código Civil de 2002, sob a perspectiva do direito civil constitucional e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se comparado com as redações do Código Civil de 1916, incorporou mudanças significativas em relação às pessoas com deficiência. Por exemplo, o diploma revogado mencionava os surdos-mudos que não pudessem se expressar como absolutamente incapazes (art. 5º, III), o que não foi previsto no diploma de 2002.

Desta vez, o Estatuto do Deficiente foi mais longe, e revogou o inciso II do art. 228 do Código Civil, que não admitia servir como testemunha os cegos e surdos, quando a ciência do fato a ser provado dependesse dos sentidos ausentes nestas pessoas. Nesse ponto, vale lembrar, o Código de Processo Civil manteve o cego e o surdo como testemunhas incapazes, quando a ciência do fato depender dos sentidos ausentes nestes indivíduos (Código de

Processo Civil, art. 447, § 1º, IV). Testemunha incapaz igualmente é, pelo Código de Processo Civil, o interdito por enfermidade ou deficiência mental (art. 447, § 1º, I).

Uma última constatação é necessária.

Ocorreram alguns atropelamentos legislativos entre o Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. É o que se constata pelo art. 1.768 do Código Civil, que não mencionava mais o processo de interdição, mas processo de definição da curatela. Entretanto, esse dispositivo foi revogado pelo Código de Processo Civil, que está totalmente estruturado, nos arts. 747 a 758, na ação de interdição.

Assim, a norma civil emergente do Estatuto, em alguns pontos, teve incidência restrita, entre a sua entrada em vigor (janeiro de 2016) até o surgimento de vigência do Código de Processo Civil (março de 2016).

2.5.3 Processo de interdição ou curatela

A partir do Código de Processo Civil de 2015, com a superveniência da Lei n. 13.105/2015, houve a expressa revogação do art. 1.768 do Código Civil de 2002, que versava sobre a legitimidade para promover a interdição.

No mesmo sentido, todavia, o Estatuto da Pessoa com Deficiência pela Lei n. 13.146/2015 inseriu um inciso IV ao art. 1.768 da Codificação Civil. Esta situação, segundo a doutrina, causou uma situação peculiar, na medida em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao fazê-lo, desconsiderou que o Código de Processo Civil de 2015 já havia revogado o dispositivo do Código Civil em questão.

Assim, o Código de Processo Civil foi publicado em momento anterior, em 16 de março de 2015, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência posteriormente, em 6 de julho de 2015. No entanto, o período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015 foi superior ao do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Embora publicado em momento anterior, somente entrou em vigor em 17 de março de 2016; já o Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor em 3 de janeiro de 2016.

Diante destas constatações, alguns autores passaram a afirmar que o inciso IV inserido ao art. 1.768 do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência somente permaneceria em vigência até que o Código de Processo Civil entrasse em vigor:

O Estatuto de 2015, por sua vez, publicado posteriormente ao novo CPC, restaura os artigos do Código Civil relativos à curatela revogados por este, dando-lhes nova redação, em conformidade com a Convenção. Ocorre que tanto o novo CPC quanto o Estatuto estabeleceram diferentes tempos para *vacatio legis*: o Estatuto entrará em

vigor no dia 3 de janeiro de 2016 (180 dias) e o novo CPC no dia 17 de março de 2016 (um ano). A desatenção do legislador fez brotar essa aparente repriminção. Assim, os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, relativos à curatela, terão nova redação dada pelo Estatuto, mas apenas produzirão efeitos durante dois meses e quatorze dias, sendo revogados com a entrada em vigor do novo CPC (LÔBO, 2015)

Nesse sentido, houve a revogação das disposições concernentes à interdição existentes no Código Civil de 2002. Apesar disso, o Código de Processo Civil de 2015, com vigência posterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, manteve, em suas disposições, uma seção versando sobre o processo de interdição, quais sejam, os arts. 747 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, as restrições impostas à pessoa sujeita à curatela foram substancialmente alteradas pelas disposições do art. 85, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo o qual a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não implicando em nenhuma repercussão sobre os direitos de natureza existencial.

Diante deste cenário, percebeu-se uma significativa alteração do regramento relacionado à interdição e à tutela. Alguns autores passaram a defender que a superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência implicou em extirpar do ordenamento jurídico o processo de interdição.

Esta foi a posição de Paulo Lôbo (2015):

[...] não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.

Pablo Stolze Gagliano (2015), por sua vez, afirma que não houve a abolição da interdição, especialmente considerando que o Código de Processo Civil continua regulamentando o instituto. O que houve, na realidade, é uma alteração de perspectiva: “É o fim, portanto, não do “procedimento de interdição”, mas do *standard* tradicional da interdição, em virtude do fenômeno da ‘flexibilização da curatela’, anunciado por Célia Barbosa Abreu.”

Flávio Tartuce identifica a celeuma relacionada à permanência do processo de interdição no ordenamento jurídico ou se somente se pode falar em processo para a nomeação de curador:

A primeira alteração diz respeito, a saber, se ainda será cabível o processo de interdição ou se viável juridicamente apenas uma demanda com nomeação de um curador. Por certo é que a Lei 13.046/2015 altera o art. 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que “a interdição será promovida”; e passando a enunciar que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. O grande problema é que esse dispositivo material é revogado expressamente pelo art.

1.072, inciso II, do CPC/2015. Sendo assim, pelo menos aparentemente, ficará em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passar a ter vigência. Pensamos que será necessária uma nova norma, que faça com que o novo dispositivo volte a vigorar, afastando-se esse primeiro *atropelamento legislativo* (TARTUCE, 2015).

Assim, independentemente de se afirmar que o processo de interdição permanece ou não vigente na atual sistemática, trata-se de razoável consenso o entendimento de que o procedimento que implica na instituição de curatela, somente gerará implicações no âmbito das relações patrimoniais da pessoa sujeita à curatela, especialmente se consideradas as disposições constantes do Estatuto da Pessoa com Deficiência no sentido de que apenas a esfera patrimonial e negocial sofrerá interferências (art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Ainda, considerando que o Código de Processo Civil possui expressas disposições versando sobre a interdição, pode-se afirmar que tal instituto permanece vigente na ordem jurídica, no entanto, limitando suas disposições às relações patrimoniais e negociais estabelecidas pela pessoa sujeita à interdição.

Quanto ao procedimento da interdição, de acordo com o art. 747 do Código Civil de 2015, são legitimados a requerê-la, o cônjuge ou o companheiro, os parentes ou tutores, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e o Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público somente estará caracterizada quando os demais legitimados não existirem ou não promoverem a interdição ou, ainda, quando os demais legitimados forem incapazes.

Questão objeto de discussão é a possibilidade de que o próprio interditando promova a sua interdição, através da autointerdição. Isso porque, conforme especificado, ao art. 1.768 do Código Civil foi acrescentado o inciso IV, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015 que previu a legitimidade do próprio interditando para promover a ação de interdição. Ocorre, no entanto, que o Código de Processo Civil de 2015 revogou o art. 1.768 do Código Civil de 2002.

A celeuma se refere ao fato, já indicado, de que o Código de Processo Civil foi publicado antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo que a sua referência ao art. 1.768 do Código Civil de 2002 tratou de sua redação original que, portanto, não contemplava expressamente a possibilidade de interdição pelo próprio interditando.

Apesar de publicado em momento anterior, entrou em vigor tempos depois. Assim, enfatizando exclusivamente o critério cronológico, o Código de Processo Civil de 2015

também teria implicado na revogação integral do art. 1.768, incluindo, neste contexto, o inciso IV.

A partir daí surgiram diversos posicionamentos, tanto no sentido de que o Código de Processo Civil de 2015 revogou apenas a disposição original do art. 1.768 do Código Civil e, portanto, não revogou o inciso IV e, por outro lado, posicionamento defendendo ter havido revogação integral desta disposição, inclusive do regramento que autoriza a possibilidade de autointerdição:

Percebe-se que o choque entre as alterações dos diplomas legais sob comento gera intensas divergências. Acredita-se que a questão deve ser resolvida de forma técnica e uniforme. Tem-se como premissa que a revogação de um dispositivo somente tem lugar quando a lei revogadora entra em vigor. Se o marco adotado fosse a data de publicação, durante o período de *vacatio legis* da segunda o fenômeno ficaria destituído de parâmetros legais, o que se faz inconcebível. Por isso, entende-se que o CPC/2015 (LGL\2015\1656) revogou os arts. 1.768 a 1.773 do CC/2002 (LGL\2002\400). Melhor seria se houvesse tido uma maior preocupação e discussão entre os parlamentares e a situação fosse evitada, mas uma vez consumada, acredita-se que tal conclusão se impõe. Anunciadas as mudanças inauguradas pelo EPCD e CPC/2015 (LGL\2015\1656), os itens seguintes serão dedicados a analisá-las de forma mais detida. (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016, p.53).

Quanto à possibilidade de autointerdição, a divergência se deve à atecnia do legislador que, desatento ao fato de ter o Código de Processo Civil de 2015 revogado o art. 1.768 do Código Civil e se encontrar, quando da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda em *vacatio legis*, incluiu nesta disposição legal a possibilidade de autointerdição, sem se atentar para o fato de que a integralidade do dispositivo em que inserido perderia sua vigência com a entrada em vigor do Código de Processo Civil.

Dando continuidade à análise das disposições relativas ao procedimento da interdição, é possível observar que o Código de Processo Civil estabelece, ainda, a necessidade de que o autor, já na petição inicial, especifique os fatos que demonstrem a incapacidade do interditando administrar seus bens. Diante destas alegações, o juiz poderá nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.

Sem prejuízo, o autor deverá promover a juntada à petição inicial, de laudo médico para provar suas alegações ou, ainda, informar a possibilidade de fazê-lo.

O interditando, após o pedido de interdição, será citado; na sequência, será solicitada a realização de uma audiência prévia. Nesta oportunidade, o juiz irá colher sua entrevista com análise minuciosa acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares com o intuito de aferir a necessidade de interdição e nomeação de curador ao interditando.

O art. 751, §1º, do Código de Processo Civil autoriza que, caso o interditando não possa se deslocar, o juízo irá ouvi-lo no local onde estiver. No mesmo sentido, com o intuito de auxiliar a definição pelo juiz da pertinência de nomeação de curador poderá a entrevista ser acompanhada por especialista.

Após a entrevista, o interditando poderá, em 15 dias, impugnar o pedido de interdição. Além disso, o Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica, conforme preceitua o art. 752, §1º, do Código de Processo Civil.

O regramento normativo ainda prevê a necessidade de o interditando constituir advogado. Caso não o faça, que lhe seja nomeado curador especial. Se não houver a constituição de procurador pelo interditando, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.

Além disso, o art. 753 do Código de Processo Civil possui disposição expressa estabelecendo que, uma vez decorrido o prazo de impugnação de pedido pelo interditando, será determinada prova pericial para avaliar a capacidade do interditando para praticar os atos da vida civil. O laudo realizado indicará detalhadamente os atos para os quais haverá necessidade de curatela.

Após a apresentação do laudo, o juízo proferirá sentença. Ao decretar a interdição, o juiz nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, além de fixar os limites da curatela, segundo o estado de desenvolvimento mental do interdito, considerando suas características pessoais e observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, conforme determina o art. 755 do Código de Processo Civil.

Além disso, na definição da curatela, o juiz deverá observar quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

O levantamento da curatela ocorrerá uma vez cessada a causa que a determinou. Além disso, o levantamento dessa condição poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e apensado aos autos da interdição.

No pedido de levantamento da interdição será nomeado perito ou equipe multidisciplinar para examinar o interdito e designada audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo. Acolhido o pedido pelo juiz, ele decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.

Poderá, ainda, haver o levantamento parcial da interdição, quando demonstrado que o interdito está apto à prática de alguns atos da vida civil, conforme art. 756, §4º, do Código

de Processo Civil. Os arts. 757 e 758 do mesmo diploma ainda preveem que a autoridade do curador se estende à pessoa e aos bens do incapaz sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução mais conveniente aos interesses do incapaz. Além disso, determina que o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.

3 CONVENÇÃO DE NOVA YORK SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 Introdução

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo de Nova York foi incorporada pela ordem jurídica interna do Brasil a partir do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008 do Congresso Nacional, e, posteriormente, pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, da Presidência da República. A partir disso, começou a produzir efeitos no ordenamento jurídico pátrio.

A adoção da Convenção se deu sob a sistemática estabelecida pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, conforme redação conferida pela Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004, de maneira que, em razão disso, tanto a Convenção de Nova York quanto o seu Protocolo Facultativo possuem *status* de Emenda à Constituição.

A Convenção em referência tem, dentre seus principais escopos, viabilizar o tratamento equânime entre as pessoas portadoras de deficiência, de maneira a permitir sua plena inclusão na sociedade.

Tal inclusão, contudo, deve ocorrer sem perder de vista a situação peculiar da pessoa portadora de deficiência. Sob esta perspectiva, é possível afirmar que a igualdade buscada pela Convenção está pautada na igualdade material e não apenas na formal, entendendo-se aquela como a que viabiliza o respeito às condições individuais da pessoa a quem se dedica a proteção. É possível, portanto, entender a igualdade buscada pela Convenção a partir dos ensinamentos de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 1997, p. 25).

A conclusão pode ser extraída de diversas disposições da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, como é o caso, por exemplo, de seu art. 5, itens n. 3 e n. 4:

Artigo 5. Igualdade e não-discriminação [...]. 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. 4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar

a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Assim, afirma-se que a Convenção busca viabilizar a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, visando a efetividade dos princípios que norteiam o documento internacional, conforme o art. 3º, itens “e” e “f”, que preceituam a igualdade de oportunidades e a igualdade entre o homem e a mulher como princípios gerais da Convenção.

A efetivação destes direitos, contudo, deve ocorrer com integral respeito à especial condição da pessoa com deficiência, situação que exige, muitas vezes, a adaptação da realidade de modo a viabilizar a plena integração do indivíduo portador de deficiência.

Dentre os desdobramentos possíveis dos mecanismos de efetivação da igualdade e inclusão da pessoa com deficiência observamos a evolução jurisprudencial relacionada ao tema.

É possível mencionar, por exemplo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade de acesso a cargos públicos da pessoa portadora de deficiência.

Nesse contexto, inicialmente, entendia-se que seria possível o edital do certame público estabelecer, *a priori*, a inviabilidade de ocupação do cargo público à pessoa portadora de deficiência, cuja situação peculiar não fosse compatível com o exercício das funções inerentes ao cargo.

Nesse sentido, à luz de um juízo abstrato, seria possível que o ente promotor do concurso público estabelecesse a inviabilidade de que determinadas pessoas portadoras de deficiência incompatíveis com o desempenho do cargo não pudessem ocupar o cargo público. Assim, ocorreu, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 100.001-5/DF⁴, pelo qual ficou consignado que não poderia o portador de cegueira bilateral ocupar o cargo de juiz de direito, em razão da incompatibilidade das limitações naturais decorrentes da sua deficiência às funções inerentes ao cargo.

A decisão foi proferida sob a égide da Constituição de 1967 e 1969, e, na oportunidade “Entendeu o STF que não havia qualquer violação ao disposto no artigo único da Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978, que proibia a discriminação às pessoas com deficiência, inclusive quanto à admissão ao serviço público” (ARAÚJO; MAIA, 2016, p. 19).

Posteriormente, já sob a vigência da Constituição Federal de 1988 e, inclusive, após a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência na legislação

⁴ STF, RE n. 100.001-5/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29-03-1984.

doméstica, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que somente a partir da análise do caso concreto será possível restringir o acesso do portador de deficiência ao cargo público, de maneira que não é permitido a previsão geral e abstrata no edital do certame de disposição prevendo a inviabilidade de ocupação do cargo público em razão de determinada deficiência:

[...] o STF adotou postura mais inclusiva, mais consentânea com os valores constitucionais da igualdade e da dignidade humana, apontando em sentido completamente contrário ao anteriormente seguido, não admitindo que uma pessoa com deficiência pudesse ser excluída de um concurso público em razão da suposta incompatibilidade da deficiência com o cargo pretendido, verificada apenas em tese. Em decisão monocrática de 26 de fevereiro de 2013, a Ministra Cármen Lúcia apontou, no caso de um concurso público para os cargos de Delegado, Escrivão, Perito e Agente de Polícia Federal, que não se pode presumir que as pessoas com deficiência não têm possibilidade do desempenho das funções dos cargos de natureza policial, ou seja, não se pode apontar que os cargos policiais não são compatíveis com nenhum tipo de deficiência (ARAUJO; MAIA, 2016, p. 20).

A Convenção, na ordem jurídica nacional, ensejou, ainda, a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência a partir da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que alterou substancialmente a teoria das incapacidades na legislação civil do país.

Nesse contexto, foi revogada a disposição contida no art. 3º do Código Civil de 2002, na parte que tratava como absolutamente incapaz aqueles que “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, além dos que “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

Com isso, a regra geral anterior que militava no sentido de que, *a priori*, a pessoa portadora de deficiência seria considerada absolutamente incapaz, passou a ser no sentido de que elas serão consideradas plenamente capazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Passou a legislação civil, nesse sentido, a considerar como relativamente aqueles que “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.” Assim, é a disposição contida no art. 4º, III do Código Civil de 2002.

No mesmo sentido é a redação do art. 6º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao estabelecer que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Esta disposição está fundamentada no art. 23, I, “a”, da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência:

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes.

Nesse contexto, busca-se, com o comando normativo em questão, viabilizar um tratamento isonômico à pessoa portadora de deficiência, na medida em que “na grande maioria dos casos, a pessoa, conquanto com uma deficiência física, tem plenamente preservada sua capacidade de entendimento e, bem por isso, pode livremente manifestar sua vontade” (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 43).

Apesar de se conferir a plena capacidade ao deficiente, há que ser ter cautela, na medida em que o reconhecimento de capacidade para a prática de qualquer ato da vida civil, indistintamente, especialmente àqueles de natureza patrimonial podem implicar, por via oblíqua, em vez da proteção a qual a legislação de regência se destina, em afastamento da tutela pretendida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Isso porque considerar indistintamente a pessoa portadora de deficiência como relativamente incapaz sem considerar o grau de sua deficiência e outros aspectos relativos à sua situação específica pode implicar na ocorrência de situações prejudiciais à própria pessoa portadora de deficiência de maneira que, em vez de se atingir o fim último da legislação, qual seja, a proteção à pessoa portadora de deficiência, acaba-se por deixá-la desamparada.

Interessantes são as colocações feitas por Zeno Veloso:

Um deficiente mental, que tem comprometido absolutamente o seu discernimento, o que sofre de insanidade permanente, irreversível, é considerado relativamente incapaz. Bem como o que manifestou a sua vontade quando estava em estado de coma. Ou o que contratou, ou perfilhou, ou fez testamento, sendo portador do mal de Alzheimer em grau extremo. São casos em que não me parece que essas pessoas estejam sendo protegidas, mas, ao contrário, estão à mercê da sanha dos malfeitores, podendo sofrer consideráveis e até irremediáveis prejuízos. Se o agente praticou um negócio, declarou a sua vontade, em alguma daquelas situações, acima exemplificadas, não é lógico nem de boa política legislativa considerar que tais negócios sejam apenas anuláveis, produzindo efeitos, enquanto não anulados. Os atos anuláveis, relembre-se, não podem ser conhecidos *ex officio* pelo juiz, nem podem ser alegados pelo Ministério Público, e convalidam-se pelo decurso do tempo. Para o problema gravíssimo que estou apontando, é uma consequência muito tímida, carente (VELOSO, 2016).

De acordo as situações hipotéticas, o deficiente em grau tal que inviabilize a sua manifestação de vontade, ao ser considerado relativamente incapaz sofreria prejuízos em relação à proteção conferida pelo ordenamento jurídico antes da Lei n. 13.146/2015.

Isso porque, de acordo com as regras contidas no Código Civil de 2002, o negócio jurídico celebrado pelo absolutamente incapaz é considerado eivado de nulidade absoluta e, enquanto tal, pode ser reconhecida sua nulidade a qualquer momento, seja por alegação das partes, seja por alegação do Ministério Público ou, ainda, cognoscível de ofício pelo próprio órgão jurisdicional.

Por outro lado, o negócio jurídico celebrado pelo relativamente incapaz está sujeito à anulabilidade. Esta situação viabiliza o negócio jurídico a se convalidar pelo decurso do tempo e somente pode ser reconhecida por provação de quem possua interesse jurídico no reconhecimento da anulabilidade.

Diante disso, relegar ao alvedrio de terceiros o reconhecimento da anulabilidade de negócio jurídico celebrado por pessoa sem o necessário discernimento, em vez de permitir que a situação seja considerada de ordem pública – conforme ocorria quando a pessoa portadora de deficiência era considerada absolutamente incapaz –, a depender da condição específica da pessoa portadora de deficiência, pode caracterizar situação em seu próprio prejuízo, indo, em razão disso, na direção oposta ao espírito da legislação protetiva à pessoa portadora de deficiência.

Outro questionamento trazido pela doutrina diz respeito à possibilidade de considerar-se também relativamente incapaz a pessoa que puder expressar apenas parcialmente sua vontade:

O terceiro critério de fixação da incapacidade relativa é exatamente a impossibilidade de manifestação da vontade, seja qual for a causa, permanente ou transitória. Aqui deveriam estar os viciados em tóxicos (alcoólatras e outros). Daí porque, o segundo critério se funde com o terceiro, formando um único. Entretanto, fica no ar a pergunta: somente os indivíduos que não puderem expressar sua vontade se incluem nessa categoria, ou nela também se incluiriam aqueles que puderem expressá-la de modo parcial? Em outras palavras, a norma se referiria somente às pessoas despidas de discernimento, que, na prática, não podem manifestar sua vontade; ou estaria se referindo também às pessoas com discernimento reduzido, que, na prática, podem manifestar sua vontade apenas em relação a certos temas da vida civil, principalmente aos de natureza existencial? A resposta só pode ser no sentido mais amplo, caso contrário, ficariam sem a proteção da curatela, por exemplo, os portadores de síndrome de Down de nível leve, que podem inclusive trabalhar, estudar etc., ou os portadores de outras deficiências mentais sérias, mas também de natureza mais branda. Essas pessoas, embora capazes para certos atos da vida civil, mormente os de natureza existencial, e até mesmo alguns de natureza patrimonial, necessitam da proteção do curador, sob pena de se tornarem vítimas dos mais variados golpes, de que é capaz a maldade humana. E não se diga que considerar essas pessoas incapazes atentaria contra sua dignidade. Pelo contrário, atentatório contra sua dignidade seria considerá-las capazes, abandonando-as à própria sorte (FIUZA, 2015, p. 84).

Nesta linha de entendimento, é possível afirmar que, não obstante a ausência de previsão expressa acerca da situação da pessoa que tenha reduzida apenas parcialmente a sua

capacidade de entendimento, de acordo com o espírito do regramento que rege a proteção à pessoa com deficiência, esta situação também está abrangida pelas disposições concernentes à incapacidade relativa.

3.2 Direitos e garantias individuais previstos em atos e tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, incluiu ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 o § 3º, de maneira que, com a nova sistemática, além dos direitos e garantias fundamentais previstos nos seus incisos, outros podem originar de tratados⁵ e convenções internacionais aprovados sob rito especial, com o mesmo quórum qualificado exigido para aprovação das emendas constitucionais:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Constituição Federal, art. 5º, § 3º).

É preciso observar, por outro lado, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, fontes de direitos e garantias fundamentais, podem ser denunciados, o que é permitido pela Convenção de Viena, em seu art. 56, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Denúncia, ou Retirada, de um Tratado que não Contém Disposições sobre Extinção, Denúncia ou Retirada

1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:

(a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou

(b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.

2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.

Sucedem que a Constituição Federal de 1988 estabelece algumas limitações ao poder constituinte derivado, e especialmente no art. 60, § 4º, IV, a proibição de emenda constitucional que tenha por objeto de deliberação *abolir* os “direitos e garantias individuais”:

⁵ “Tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos. Diversas são as terminologias utilizadas para a realização desses negócios jurídicos: tratados, atos, pactos, cartas, convênios, convenções, protocolos de intenções, acordos, entre outros, sem que haja significativa alteração em suas naturezas jurídicas” (MORAES, 2011, p. 415).

- § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
- I – a forma federativa de Estado;
 - II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
 - III – a separação dos Poderes;
 - IV – os direitos e garantias individuais.

Assim, sob a perspectiva das limitações materiais ao poder de emenda à Constituição Federal, parece-nos que o mesmo limite alcança a denúncia de um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos que insira novos direitos ou garantias individuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa limitação decorre do *status* dos atos internacionais em relação às emendas constitucionais ao afirmar-se, na parte final do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, a “equivalência” entre eles.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, assegurar que um tratado tem *status* de norma constitucional

é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “equivalente a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, o que o texto constitucional reformado pretendeu dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição (MENDES *et al.*, 2014, p. 521).

Sob o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi o primeiro instrumento dessa natureza aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 da Presidência da República, foi promulgada a Convenção, e determinados a execução e o cumprimento dos seus termos.

Apenas outro ato internacional recebeu o mesmo *status de emenda constitucional*. Trata-se do Tratado de Marraqueche, aprovado e promulgado para melhorar o acesso à leitura das pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades (Decreto-Legislativo n. 261, de 25 de novembro de 2015 e Decreto n. 9.522, de 08 de outubro de 2018).

A opção de incorporar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I (*status ordinário*), ou do § 3º do art. 5º (*status constitucional*), será discricionária do Congresso Nacional (MORAES, 2011, p. 417).

Igualmente, no mesmo sentido de se conceder maior efetividade aos direitos humanos fundamentais, a Constituição espanhola de 1978 determina em seu art. 10, item 2, que as normas relativas a direitos fundamentais e as liberdades públicas, desde que reconhecidas pelo próprio texto constitucional, deverão ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha [...] Por fim, importante destacar que a Lei Fundamental Alemã, em seu art. 24, item 1, autoriza o Parlamento a transferir direitos de soberania para organizações supranacionais, garantindo, assim, nessas hipóteses, maior hierarquia na recepção de tratados internacionais. Essa possibilidade, porém, não afastou a supremacia das normas constitucionais, pois, em seu art. 79, a Lei Fundamental alemã exige *quorum* de reforma constitucional para que o tratado adquira *status* constitucional (MORAES, 2011, p. 417).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015, logo no art. 1º, parágrafo único, estabelece como base:

a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (Lei n. 13.146, de 2015, art. 1º, parágrafo único).

É inegável, portanto, que a norma infraconstitucional de inclusão das pessoas com deficiência, no Brasil, está assentada em instrumento com *status constitucional*, reconhecido, pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, como fonte de direitos e garantias fundamentais.

Conforme se vê, a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado e não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente (MENDES *et al*, 2014, p. 130). Estes direitos fundamentais ampliados por reforma talvez não gozem da proteção das cláusulas pétreas inseridas na Constituição Federal pelo constituinte originário, ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha manifestado explicitamente a respeito.

É importante lembrar que para a Corte Constitucional, os direitos previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, são normas infraconstitucionais e sem valor de cláusula pétrea, tais quais os direitos individuais previstos em tratados como o Pacto de San José⁶.

⁶ Nesse sentido: HC 72.131, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello; HC 75.925, Rel. para acórdão Min. Maurício Corrêa; RE 254.544, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello; HC 79.785, Rel. para o acórdão, Min. Sepúlveda Pertence.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se a admitir que os tratados “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”:

Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de *status constitucional*. A emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado de direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado valerão, nessa hipótese, com *status infraconstitucional*, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, *status de Emenda Constitucional*. Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo *status* normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos⁷ (MENDES *et al.*, 2014, p. 131).

Compreendido o panorama no qual foi concebido o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é preciso pontuar que a nova lei, assim como as anteriores e posteriores a ela, não pode criar situações jurídicas em função das quais o deficiente, ao exercer sua capacidade legal, não contem com “salvaguardas apropriadas e efetivas”⁸ destinadas à sua proteção, de maneira proporcional e apropriada à condição de desenvolvimento de cada pessoa.

Segundo o jurista e ex-Ministro de Relações Exteriores do Brasil, Celso Lafer, o termo *salvaguardas* tem origem no direito internacional e, assim,

[...] visa atender, do ponto de vista jurídico, às necessidades de adaptação e aplicação do ordenamento jurídico provocadas pela mudança das circunstâncias [...] este encadeamento se sustenta a partir de uma noção de segurança apoiada na vida das relações internacionais; e, finalmente, como o repertório de conceitos do Direito das Gentes – entre os quais estão as salvaguardas – contém técnicas para permitir o convívio normativo num contexto de mudança (LAFER, 1978).

A igualdade entre as pessoas, deficientes ou não, ao exercer sua capacidade legal, é francamente preconizada na Convenção de Nova York. O *apoio* aos deficientes, da mesma forma, é um dos seus destaques. Contudo, a preocupação com os instrumentos de proteção dos deficientes não foi deixada de lado. Mais do que isso, as preditas “salvaguardas apropriadas e efetivas” (LAFER, 1978) constaram expressamente do texto internacional.

⁷ HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁸ Art. 12, Item 4, da Convenção de Nova York: Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Nessa toada, o legislador infraconstitucional não andou bem ao modificar completamente o regime centenário de proteção dos absolutamente incapazes.

Tendo como norte a Convenção de Nova York, o legislador ordinário, na Lei n. 13.146/2015, simplesmente suprimiu todo um sistema de proteção das pessoas sob condições especiais, por exemplo, aquelas que não puderem exprimir sua vontade (Código Civil de 2002, art. 4º, III), sob a justificativa de igualdade plena dos deficientes com as demais pessoas.

Sob o manto da igualdade, o legislador extinguiu os mecanismos de salvaguarda até então previstos no Código Civil, aos absolutamente incapazes, de modo que, ao fazê-lo, contrariou a Convenção de Nova York, fonte de direitos fundamentais, em relação aos quais não se pode admitir o retrocesso.

3.3 Influência da Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência e sobre a teoria das incapacidades no direito comparado

Analisar os influxos da Convenção de Nova York no direito comparado, notadamente em relação à teoria das incapacidades, é extremamente importante, especialmente porque o direito civil brasileiro adotou o sistema do direito civil português no período colonial, com as Ordenações Filipinas. Com a Independência do Brasil, em 1822, a legislação portuguesa continuou sendo aqui aplicada, mas com a ressalva de que vigoraria até que se elaborasse o Código Civil.

Com a vigência do Código Civil de 1916, verificada no dia 01 de janeiro de 1917 (art. 1.806), a legislação portuguesa foi revogada expressamente (art. 1.807), mas tanto o diploma de Beviláqua (1916) quanto o de Miguel Reale (2002) foram influenciados pelas codificações alemã de 1896 (BGB), francesa de 1804 (Código de Napoleão) e italiana (Código de 1942) (GONÇALVES, 2012).

O Código Civil argentino também foi revisitado, em razão da origem histórica da codificação revogada, que viria a ser influenciado por Teixeira de Freitas, autor do ‘Esboço do Código Civil’ brasileiro:

[...] A Constituição de 1824 referiu-se à organização de um Código Civil “baseado na justiça e na equidade”, sendo que em 1865 essa tarefa foi confiada a Teixeira de Freitas, que já havia apresentado, em 1858, um trabalho de consolidação das leis civis. O projeto então elaborado, denominado “Esboço do Código Civil”, continha cinco mil artigos e acabou não sendo acolhido, após sofrer críticas da comissão revisora. Influenciou, no entanto, o Código Civil argentino, do qual constitui a base (GONÇALVES, 2012, p. 29).

Essa influência dos diplomas estrangeiros nas codificações brasileiras, e a própria legislação portuguesa sendo aplicada entre nós em dado momento da história, desafiou a revisitação de todos estes diplomas. Isto acontece a partir do momento em que todos eles adotam a Convenção de Nova York no plano interno, instrumento internacional que, entre suas cláusulas, promove a releitura do conceito de capacidade da pessoa com deficiência.

Ainda assim, era preciso constatar se tais países diminuíram os arquétipos de proteção da pessoa incapaz, ou se, na contramão do Brasil, mantiveram os modelos vigentes até a adoção da Convenção, e em seguida, implementaram medidas de inclusão da autonomia da pessoa com deficiência ao manifestar sua vontade.

3.3.1 Na França

A Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência foi assinada pela França em 30 de março de 2007, enquanto a ratificação ocorreu em 18 de fevereiro de 2010.

O Código Civil Francês, de 1804, conhecido como Código de Napoleão, de elevada importância histórica e significativa influência sobre os países filiados ao sistema romano-germânico ou *Civil Law*, como é o caso do ordenamento civil brasileiro:

O código desencadeou uma série de comentários e tratados de alto valor, os quais praticamente orientaram o direito civil do Ocidente no século XIX e início do XX, com nomes de eminentes juristas, como Colin, Capitant, Planiol, os irmãos Mazeaud, entre tantos outros. Criticado e comentado, o Código francês formou, na verdade, o pensamento jurídico dos séculos XIX e XX, atraindo inelutavelmente os legisladores que se seguiram, com suas respectivas codificações, até o aparecimento do Código alemão, que entrou em vigor no início do século XX. Hoje, o diploma encontra-se alterado em muitas disposições, mas conserva sua estrutura original. Há muito se pensa em substituí-lo, como fizeram outras nações com códigos mais recentes, mas o fato é que, para uma legislação desse jaez, há necessidade de consenso político, dificilmente conseguido na França, onde há constante alternância de orientação política (VENOSA, 2013, p. 118).

Esta codificação de matriz concepcionista, diversamente do Brasil, não distingue acerca da capacidade absoluta ou relativa da pessoa, de maneira que o juiz analisará, à luz do caso concreto, se a pessoa possui ou não plena capacidade de entendimento sobre a sua conduta: “[...] O código francês não distingue a capacidade relativa ou absoluta, atribuindo ao juiz a tarefa de analisar e decidir a idade do discernimento” (PEREIRA, 2002).

No direito comparado a maioria é alvo de significativas e variadas características. O código civil argentino, inspirado no modelo de Teixeira de Freitas, fixa a idade inferior a quatorze anos para a completa impossibilidade de atos civis. O código alemão tem por absolutamente incapaz o menor de sete anos, iniciando a partir dessa idade a possibilidade do exercício de alguns atos, limitado, porém, à

necessidade de consentimento de representantes até completar dezoito anos. O código francês não distingue a capacidade relativa ou absoluta, atribuindo ao juiz a tarefa de analisar e decidir a idade do discernimento. O código italiano prevê a cessação da incapacidade civil aos dezoito anos, observadas algumas exceções. (PEREIRA, 2002).

Afirma-se, diante disso, que o sistema de incapacidades no direito francês não tem uma regulamentação apriorística; somente à luz do caso concreto, o órgão jurisdicional constatará o tratamento a ser conferido à pessoa em razão do grau de sua limitação: “A alteração deve ser constatada por profissional da medicina, escolhido em lista elaborado pelo procurador da República” (*Code Civil*, arts. 425 e 431)” (SOARES, 2016, p. 41).

Além disso, o direito francês dispõe dos dois institutos destinados à proteção da pessoa com grau de discernimento reduzido, a tutela e a curatela:

O Código Civil francês possui disposições assemelhadas às do direito português. Os dois institutos pelos quais se viabiliza a ação das pessoas cujo discernimento é considerado insuficiente para a prática de determinados atos da vida civil são a tutela e a curatela. (SOARES, 2016, p. 40).

Ainda, de acordo com o art. 428 do Código Civil Francês, a adoção dos sistemas de tutela e curatela se consubstanciam em medidas excepcionais aplicáveis apenas subsidiariamente se medida menos drástica não viabilizar o exercício dos atos da vida civil:

Article 428: La mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217,219,1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé.⁹

Nesse contexto, considerando o caráter subsidiário da submissão aos regimes de tutela e curatela no direito francês, há a previsão de um instituto intermediário, a *sauvegarde de justice*, medida análoga à *amministratore de sostegno* do direito italiano e a tomada de decisão apoiada do direito brasileiro.

A *sauvegarde de justice* pode ser utilizada nos casos supramencionados, em que não haja necessidade de instituição da tutela e da curatela. Cuida-se de medida utilizada em caráter temporário, da qual se pode valer também na pendência de processo de tutela ou curatela. O instituto é utilizado, ainda, quando o médico constatar que a pessoa sob seus cuidados se encontra impossibilitada de gerir seus interesses, nos

⁹ Tradução livre: Artigo 428: A medida de proteção pode ser ordenada pelo juiz somente em casos de necessidade e quando os interesses da pessoa não podem ser suficientemente previstos pela aplicação das regras da lei comum de representação, daqueles relacionados. Os respectivos direitos e deveres dos cônjuges e das regras relativas aos regimes matrimoniais, nomeadamente os previstos nos artigos 217.º, 219.º, 1426.º e 1429.º, por outra medida menos restritiva de proteção jurisdicional ou pelo futuro mandato de proteção celebrado pelo interessado.

casos previstos no artigo 425, mencionados nos parágrafos precedentes. Nessa hipótese, o médico deverá notificar o procurador da República. Esta declaração, se com ela anuir um psiquiatra, institui a *sauvegarde* (SOARES, 2016, p. 41).

Assim, com a adoção do sistema de *sauvegarde de justice*, a pessoa não deixará de ter capacidade para exercer os atos da vida civil, podendo, todavia, haver determinação judicial no sentido da necessidade de alguns atos serem expressamente determinados por representante.

Além disso, o direito francês conta, ainda, com o mandato de proteção futura, situação em que a pessoa “[...] confere a uma ou mais pessoas o encargo de representá-la, caso se verifique alguma das hipóteses previstas no artigo 425 do Código Civil (art. 477).” (SOARES, 2016, p. 42).

As medidas de tutela e curatela, enquanto medidas extremas, tendo em vista seu caráter subsidiário, somente serão adotadas caso a *sauvegarde de justice* se mostre insuficiente à defesa dos interesses da pessoa.

Além disso, o direito francês ainda conta com outra medida protetiva, o *habilitation familiare*:

Por fim, saliente-se a entrada em vigor em 1º de janeiro de 2016 da *Ordonnance* n. 2015-1288, de 15 de outubro de 2015 em que o Presidente da República, autorizado pelo Parlamento por meio da Lei n. 2015-177, introduziu modificações ao Código Civil a fim de proceder à simplificação e à modernização do direito de família. 53 Criou-se nova figura protetiva, a *habilitation familiale*. O instituto visa a facilitar a proteção da pessoa que não pode gerir seus bens ou a si própria pela habilitação dos ascendentes, descendentes, irmãos, companheiros. Aplica-se a situações familiares consensuais. O juiz confere mandato à pessoa próxima designada por consenso familiar, após tomar conhecimento da manifestação de médico. Em regra, após a fixação do mandato – e de seu prazo – o juiz não mais intervém nos atos praticados pelo habilitado (SOARES, 2016, p. 43).

Este instituto foi inserido no direito francês somente em 2016, portanto, após a ratificação formal do país à Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Ele viabiliza, neste contexto, o art. 12, item 3 da Convenção: “Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”

Com isso, no âmbito do direito francês, o sistema de incapacidade – embora não encontre um regramento apriorístico de modo que somente à luz do caso concreto será possível especificar o grau de incapacidade da pessoa –, busca atender à ideia central da

Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, especialmente no que diz respeito à busca por sua independência.

Este sistema jurídico, contudo, não generaliza as situações. Ele especifica que será possível, a depender do grau de dependência da pessoa, instituir modalidades mais limitadoras, como a tutela e a curatela, regimes a partir dos quais a pessoa não gozará de plena capacidade para exercer os atos da vida civil.

Assim, embora tenha instituído sistemas alternativos de proteção à pessoa que não se encontra completamente capaz de exercer os atos da vida civil, o sistema jurídico francês manteve os sistemas de tutela e curatela para situações excepcionais.

3.3.2 Na Itália

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de Nova York foi adotada pela Itália, 57º país a ratificá-la em 15 de maio de 2009 (ITÁLIA, 2019).

O Código Civil italiano, por sua vez, é de 16 de março de 1942 e regula alguns institutos protetivos à pessoa com deficiência, dentre os quais a interdição e a inabilitação. A interdição é instituto que importa, à semelhança do ocorrido no Brasil até o advento da Lei n. 13.146/2015, em incapacidade absoluta para os atos da vida civil. Encontra previsão no art. 414 do Código Civil Italiano, nos seguintes termos:

Art. 414 Persone che devono essere interdette Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, devono essere interdetti (417 e seguenti).¹⁰

A inabilitação é destinada à pessoa que, não obstante portadora de alguma deficiência, a possui em grau de menor gravidade, sem inviabilizar completamente o exercício dos atos da vida civil. Nesse sentido, a previsão da inabilitação consta no art. 415 do Código Civil Italiano, nos seguintes termos:

Art. 415 Persone che possono essere inabilite Il maggiore di età infermo di mente, lo stato del quale non è talmente grave da far luogo all'interdizione, può essere inabilitato (417 e seguenti, 429). Possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità (776) o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé e la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordomuto e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'art. 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi¹¹.

¹⁰ Art. 414. Pessoas que devem ser desqualificadas: o menor mais velho e emancipado, que se encontre em condições de enfermidade mental habitual que os torne incapazes de prover seus próprios interesses, deve ser proibido (417 e seguintes).

¹¹ Tradução livre: Art. 415 Pessoas que podem estar incapacitadas: a mais velha das pessoas enfermas, cujo estado não é tão sério a ponto de causar interdição, pode ser incapacitada (417 e seguintes, 429). Aqueles que, devido à generosidade (776) ou

Assim, no direito italiano, o tratamento, no que diz respeito à capacidade civil conferido às pessoas com deficiência, dependerá do grau de limitação decorrente da deficiência. Há uma verdadeira graduação dos atos que podem ser praticados de modo independente pelo deficiente:

[...] no direito italiano há os institutos protetivos da interdição e da inabilitação. A interdição pode recair sobre a pessoa maior de idade, ou que esteja no último ano da menoridade, acometida por enfermidade mental que a torne incapaz de prover os próprios interesses. Já a situação dos sujeitos à inabilitação é menos grave, identificando-se com cegueira, prodigalidade, surdo-mudez, uso de tóxico e álcool. O interdito é privado da capacidade de exercício, não podendo concluir negócios jurídicos, os quais são praticados em seu nome e em seu interesse por um tutor. Já o inabilitado tem uma capacidade de exercício superior à do interdito, podendo praticar os atos ordinários de administração, devendo ser assistido por um curador. (GABURRI, 2016, p. 129).

Não obstante o inabilitado goze de relativa independência quando comparado ao interdito, na medida em que ele é apenas assistido na prática dos atos da vida civil, tal situação também importa em limitar o exercício dos atos da vida civil.

Em razão disso, a Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004 da Itália passou a prever uma modalidade de apoio ao deficiente que goza de ampla liberdade “[...] figura do *amministratore de sostegno*.” (GABURRI, 2016, p. 129).

Diante disso,

[...] interdição e a inabilitação são meios que atingem mais profundamente a liberdade de autodeterminação da pessoa, só aplicável em casos graves. Para atenuar esse sistema demasiadamente rígido, o legislador italiano, após anos de discussão, introduziu um novo sistema denominado de *amministrazione di sostegno*. (GABURRI, 2016, p. 130).

A Itália é um país pioneiro na busca pela igualdade das pessoas com deficiência, um dos precursores do sistema antimanicomial no intuito de evitar a internação de pessoas portadoras de deficiência. Nesse contexto, antes mesmo da adesão à Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência em 2009, a Itália já havia introduzido, em seu ordenamento jurídico, o sistema *amministrazione di sostegno*, que possui semelhanças com a tomada de decisão apoiada introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 2015:

abuso habitual de bebidas alcoólicas ou drogas, podem expor a si e sua família a sérios prejuízos econômicos também podem ser incapacitados. Finalmente, surdos-mudos e cegos podem ser incapacitados desde o nascimento ou na primeira infância, se não tiverem recebido educação suficiente, sujeitos à aplicação da art. 414 quando parece que eles são completamente incapazes de prover seus próprios interesses.

Assim sendo, esta lei não só alterou, mas também revolucionou ao introduzir uma nova expressão jurídica: “Tomada de Decisão Apoiada”, um novo modelo jurídico promocional das pessoas com deficiência. Tal expressão traduz a recomendação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (artigo 123, Decreto 6.979/09). Este modelo já vigora na Itália desde 2004 (Lei 6), país em que nasceu a chamada luta antimanicomial, que era o movimento pela cidadania dos loucos. Também o Código Civil Argentino que passará a vigorar em 2016 (artigo 43) já prevê esta nova categoria jurídica (THOMASI; SILVA, 2017, p. 90).

A Tomada de Decisão Apoiada adotada no Brasil após a Lei n. 13.146/2015, possui paralelo em outros países. Ela foi incluída na Itália antes da própria ratificação da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência:

[...] Direito Italiano (*amministrazione di sostegno*), introduzida naquele sistema por força da Lei n. 6, de 9 de janeiro de 2004. Nos termos do seu art. 1º, a finalidade da norma é de tutelar, com a menor limitação possível da capacidade de agir, a pessoa privada no todo ou em parte da autonomia na realização das funções da vida cotidiana, mediante intervenções de sustento temporário ou permanente. Foram introduzidas, nesse contexto, modificações no *Codice*, passando a prever o seu art. 404 que a pessoa que, por efeito de uma enfermidade ou de um prejuízo físico ou psíquico, encontrar-se na impossibilidade, mesmo parcial ou temporária, de prover os próprios interesses, pode ser assistida por um administrador de sustento, nomeado pelo juiz do lugar de sua residência ou domicílio. Como exemplifica a doutrina italiana, citando julgados daquele País, a categoria pode ser utilizada em benefício ao doente terminal, ao cego e ao portador do mal de Alzheimer (TARTUCE, 2016, p. 59).

Diante do especificado, é possível concluir que o direito italiano ratificou a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Antes disso, já contava com mecanismo quanto à teoria das incapacidades, que permitia considerar a pessoa portadora de deficiência plenamente capaz, assegurando-lhe, todavia, uma forma protetiva consubstanciada no *amministrazione de sostegno*.

Tanto a adoção da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, contudo, quanto a inserção do instituto jurídico *amministrazione de sostegno* não importou na inviabilidade de que a pessoa portadora de deficiência seja considerada incapaz para a prática dos atos da vida civil, o que pode ser constatado a partir da permanência dos procedimentos de interdição e inabilitação.

Assim, o sujeito interditado não gozará da prerrogativa de praticar, sem a intervenção de um terceiro, os atos da vida civil. A inabilitação implicará na necessidade de assistência de um terceiro para praticá-los e, quanto à *amministrazione de sostegno*, importará, à semelhança do instituto da Tomada de Decisão Apoiada no Brasil, na possibilidade de praticar atos da vida civil através da assistência de um terceiro nomeado.

3.3.3 Em Portugal

3.3.3.1 Situação anterior à Lei n. 49/2018

A Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi assinada por Portugal, em 30 de março de 2007, e formalmente ratificada em 23 de setembro de 2009.

O Código Civil Português, de 25 de novembro de 1966, em razão da Lei n. 49/2018, teve alterado o sistema que trata sobre as situações que autorizam reconhecer a incapacidade.

Nesse contexto, de acordo com a antiga redação do Código Civil Português, à semelhança do ordenamento jurídico civil da Itália, havia a expressa previsão da interdição e da inabilitação. Nos termos da redação anterior à Lei n. 49/2018, do art. 138:

1. Podem ser interditados do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens. 2. As interdições são aplicáveis a maiores; mas podem ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior à maioridade, para produzirem os seus efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior.

A decretação da interdição, neste contexto, poderia ser feita em relação ao portador de deficiência. No entanto, a situação por si só não justificaria a interdição, pois é necessário analisar o grau de incapacidade da pessoa para decretá-la. Somente se, no caso concreto, ficar demonstrada a incapacidade da pessoa para o exercício dos atos da vida civil, então haveria interdição de fato.

Além disso, havia a possibilidade de se decretar a inabilitação, hipótese em que a pessoa portadora de alguma das situações autorizadoras da interdição (anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira), se estivesse em situação de menor gravidade (portanto, viabilizando o exercício dos atos da vida civil), seriam assistidos. Nesse sentido preceituava o art. 152 do Código Civil Português:

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

Além disso, o art. 153 da legislação privada portuguesa estabelecia que os inabilitados eram, para a prática dos atos da vida civil, assistidos:

1. Os inabilitados são assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os actos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença. 2. A autorização do curador pode ser judicialmente suprida.

Assim, caso as limitações da pessoa decorrentes de anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira a inviabilizasse para a prática dos atos da vida civil, elas seriam consideradas incapazes e, por isso, sujeitas à interdição. De outro lado, se as limitações decorrentes da caracterização de algumas destas hipóteses não as inviabilizassem de modo absoluto à prática dos atos da vida civil, seria possível realizar o procedimento de inabilitação, hipótese em que elas seriam assistidas.

Dentre as implicações da decretação da interdição, o interditado seria equiparado ao menor, conforme art. 139, do Código Civil Português, modelo este objeto de críticas. Quanto à interdição apontava-se:

Menciona as críticas a que está sujeito o instituto naquele país, a saber, (1) cuida-se de sistema ablativo, que instaura uma condição de inferioridade jurídica, (2) de inclinação patrimonialística; (3) a administração do patrimônio, em geral, obedece a critérios meramente conservatísticos; (4) seu caráter anti-terapêutico; (5) a estigmatização decorrente da interdição e (5) sua funcionalização aos interesses de familiares e de terceiros (SOARES, 2016, p. 39).

Além disso, o sistema de interdição no direito português era muito rígido, o que inviabilizava margem ao juiz para declarar os atos que seriam limitados:

Outro problema relacionado à interdição no direito português diz respeito à sua rigidez: a lei não confere ao juiz margem para a declaração dos atos que serão limitados em razão da anomalia psíquica, o que implica a impossibilidade de praticar qualquer ato da vida civil (SOARES, 2016, p. 39).

Além disso, havia críticas também ao instituto da inabilitação, consubstanciadas no fato de que “[...] (1) os processos são morosos e implicam, por vezes, pesados custos; (2) não cobre situações de incapacidade temporária e (3) confere maior relevância ao patrimônio do que à pessoa do incapaz” (SOARES, 2016, p. 40).

Este cenário, todavia, foi profundamente alterado pela Lei n. 49/2018 de Portugal.

3.3.3.2 Situação após a Lei n. 49/2018

A Lei n. 49, de 14 de agosto de 2018, com prazo de *vacatio legis* de 180 dias, previu o instituto do maior acompanhamento, eliminando do Código Civil Português aqueles relativos à interdição e inabilitação.

Os principais atingidos pela nova legislação são as pessoas portadoras de deficiência, tendo em vista que até então sua capacidade era diretamente afetada, quando não suprimida pelos institutos acima mencionados.

Nesse contexto, o art. 138 do Código Civil Português passou a estabelecer:

O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.

Os legitimados a pleitear o acompanhamento são o próprio acompanhado, seu cônjuge ou qualquer parente sucessível, casos em que deverá haver a expressa autorização do acompanhado ou, ainda, pelo Ministério, hipótese em que fica dispensado o consentimento do acompanhado (art. 141 do Código Civil Português).

Além disso, segundo o item n. 2 do art. 141, a autorização exigida do acompanhado poderá ser suprimida pelo Tribunal, nos seguintes termos:

1 – O acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. 2 – O tribunal pode suprir a autorização do beneficiário quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível. 3 – O pedido de suprimento da autorização do beneficiário pode ser cumulado com o pedido de acompanhamento.

Percebe-se, a partir do dispositivo em referência, que diversamente da Tomada de Decisão Apoiada prevista na Lei Civil brasileira – que concede à própria pessoa a possibilidade de nomear seus apoiadores – a legislação portuguesa expressamente autoriza o suprimento da vontade pelo Tribunal, reconhecendo, com isso, situações nas quais a pessoa beneficiária da medida será incapaz de manifestar livremente sua vontade:

Um ponto merece especial atenção. Segundo o artigo 140º, 2, a autorização do beneficiário pode ser suprida pelo tribunal, “quando, em face das circunstâncias, este não a possa livre e conscientemente dar, ou quando para tal considere existir um fundamento atendível”. Isso significa que a legislação reconhece a possibilidade de a pessoa não ser capaz de dar livremente sua vontade autorizativa. Esse aspecto não é nada desprezível, especialmente se se considerar a congênere brasileira Tomada de Decisão Apoiada, aparentemente lastreada na onírica crença de que a pessoa com deficiência – excetuando-se casos muito graves – sempre será capaz de participar da formação do negócio jurídico do qual derivará o apoio a ser concedido. (BORGARELLI, 2018).

Além disso, conforme o art. 145, item n. 1 do Código Civil Português, “o acompanhamento limita-se ao necessário”. Em razão disso, o Tribunal irá especificar o âmbito de intervenção do acompanhante, de maneira a viabilizar a autonomia do acompanhado, sem, contudo, desconsiderar sua condição especial:

O artigo 145 cuida do âmbito e conteúdo do acompanhamento, determinando que este “limita-se ao necessário”. O tribunal poderá cometer ao acompanhante regimes diversos, com base no caso concreto e independentemente do que se tenha pedido. Dentre estes regimes estão o exercício das responsabilidades parentais; a

administração de bens; a autorização para a prática de determinados atos ou categorias de atos (BORGARELLI, 2018).

O art. 147 do Código Civil Português especifica os direitos de que goza o acompanhado, disposição legal que autoriza a delimitação, pelo Tribunal, de situações nas quais o acompanhado necessitará de acompanhamento para a prática do ato:

No artigo 147 deduzem-se os direitos de que goza o acompanhado. Os direitos pessoais e a celebração “de negócios da vida corrente” são livres, salvo disposição legal ou decisão judicial em contrário (n. 1). Diz a lei (artigo 147, n. 2) que dentre os direitos pessoais estão o de casar ou unir-se, procriar, perfilhar ou adotar, cuidar e educar os filhos, escolher a profissão, deslocar-se no país ou no exterior, fixar domicílio e residência, estabelecer relações e testar. Ora, pelo que se afirmou nos parágrafos anteriores – e especialmente pelo teor do “novo” artigo 145 do Código Civil – parte desses atos poderá realmente estar submetida ao crivo judicial, o que mormente ocorrerá nas hipóteses em que o acompanhante atue como representante geral (BORGARELLI, 2018)

Sem prejuízo disso, o art. 154 comina a sanção de anulabilidade aos atos praticados pelos acompanhados que não observem as medidas de acompanhamento.

O direito português, de acordo com a Lei n. 49/2018, autoriza designar um acompanhador com poder geral de representação:

O outro aspecto digno de retomada está no conteúdo do acompanhamento. Pelo teor do *novo* artigo 145º, 2, b, do Código Civil português, o tribunal pode cometer a acompanhante um poder geral de representação do beneficiário da medida, ou ainda uma representação especial, “com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária”. Já o n. 3 do mesmo artigo determina que “os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica” (BORGARELLI, 2018).

Feitas estas considerações, é possível constatar que, também no direito português, foram flexibilizadas as formas de limitações para o exercício dos atos da vida civil pelas pessoas que possuam algum tipo de limitação. Em razão disso, os principais atingidos foram as pessoas portadoras de deficiência.

Além disso, diversamente do ocorrido com os Códigos Civis da França e da Itália, nos quais houve a manutenção dos institutos da curatela e da inabilitação, em Portugal houve a expressa revogação das disposições que versavam sobre tais institutos de maneira que, conforme o sumário da Lei n. 49/2018, foram eliminados da ordem jurídica do país.

Desse modo, ao conferir maior flexibilização para a prática dos atos da vida civil por pessoas portadoras de deficiência, o direito português foi ao encontro dos preceitos da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, especialmente no que versa acerca da busca pela garantia de sua autonomia, conforme extraído do art. 12 da Convenção.

Além disso, a legislação portuguesa previu mecanismos que buscam respeitar à especial condição da pessoa portadora de deficiência, na medida em que, não obstante tenha eliminado a interdição, viabilizou outros mecanismos protetivos às pessoas que, na vigência da legislação anterior, estariam sujeitas à interdição. Dentre eles, a possibilidade de o Tribunal delimitar atos para os quais a pessoa beneficiária deverá ter representante ou autorização judicial, ou, ainda, determinar um representante geral.

3.3.4 Na Argentina

A Argentina assinou a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em 30 de março de 2007, com ratificação em 2 de setembro de 2008 (UNITED, 2019).

3.3.4.1 Situação no Código Sarsfield de 1869

O Código Civil Argentino de 1869, que vigorou entre 1871 e 2015, foi escrito por Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield, em trabalho inspirado profundamente na obra do brasileiro Teixeira de Freitas. Daí o fato de algumas de suas disposições terem sido incorporadas no Código Beviláqua. É o que se sucedeu em relação ao art. 5º, III, do Código Civil de 1916¹², por exemplo, influenciado pelo art. 153 do diploma patagônio, que considerava os surdos e mudos incapazes de atos da vida civil.

Segundo o art. 140 do Código Patagão, “nenhuma pessoa será considerada insana, para os fins determinados neste Código, sem que a demência seja previamente verificada e declarada por um juiz competente”.

A capacidade, portanto, alcançava a todos, era a regra. As pessoas, contudo, seriam consideradas *incapazes* por demência quando, por causa da doença mental, não tivessem *aptidão* para dirigir sua pessoa ou gerenciar seus ativos (art. 141). Sem que a demência ou a loucura fosse avaliada por médicos e declarada por um juiz (arts. 142 e 143), ninguém seria considerado incapaz. Uma vez declarada essa condição, o retorno à capacidade dependeria de novo exame de saúde (art. 151), independentemente da causa que determinou a *incapacidade*, ou seja, demência ou surdo-mudez (153).

¹² Art. 5º – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – Os menores de dezesseis anos. II – Os loucos de todo o gênero. III – Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

No diploma de 1869 ainda eram previstas as hipóteses de *inabilitação*, no art. 152, para os casos de embriaguez habitual ou deficiência quando a pessoa estivesse apta aos negócios (art. 141).

Era prevista a figura do *curador do incapaz* (art. 468), que poderia ser nomeado durante o processo de declaração de incapacidade (*curador provisório ou interveniente*), nos termos do revogado art. 471. Uma vez declarada a incapacidade, não teriam valor os atos subsequentes de administração eventualmente celebrados por incapazes (art. 472).

3.3.4.2 Situação no Código Civil Argentino de 2014

O novo Código Civil e Comercial argentino foi elaborado por uma comissão designada pelo Decreto 191/2011, presidida pelo civilista Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci (NUEVO Código Civil, 2019).

De acordo com a exposição de motivos da comissão elaboradora do novo Código da República Argentina, em relação à tutela da pessoa, o Código de 2014 apresenta mudanças em relação ao anterior. Dentre elas, houve modificações especialmente quanto à definição da plena capacidade civil, que passa a ser presumida (novo art. 31, letra a), e quanto à capacidade restrita ou a incapacidade, que devem ser motivadamente declaradas por sentença e conter os aspectos indicados no art. 37 do novo diploma. Portanto, houve um aumento significativo da carga argumentativa para restringir a capacidade.

Uma vez inscrita a sentença que reconhecer a incapacidade ou a capacidade restrita no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas, os atos posteriores ao registro são considerados *inexistentes* (novo art. 44); os anteriores podem ser declarados *nulos* se não for possível ou ferir a pessoa com capacidade restrita, e qualquer um dos seguintes pontos forem verdadeiros: (a) a doença mental era ostensiva no momento da celebração do ato; (b) quem contratou com ele era de má-fé; (c) o ato é gratuito.

O novo Código Civil argentino, além da incapacidade e da restrição da capacidade, manteve a possibilidade de se declarar a *inabilitação* da pessoa, permitindo-a para os casos mais brandos de discernimento diminuído, entre os quais a prodigalidade (novo art. 48).

Ainda, foi inserido no art. 43, o Sistema de Apoio para o Exercício da Capacidade, que em muito se aproxima do processo de Tomada de Decisão Apoiada, do direito brasileiro, introduzido no art. 1.783-A do Código Civil, pela Lei n. n. 13.146/2015. Conforme o novo diploma argentino:

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

ARTICULO 43– Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas¹³.

Se por um lado a nova legislação argentina modernizou-se para permitir que a pessoa exerça sua vontade com autonomia por meio do *sistema de apoio*, por outro, não abandonou os institutos de proteção do incapaz, nos aspectos existencial e patrimonial, quando comparados os novos dispositivos legais com os do Código revogado.

Diversamente do atual panorama brasileiro, de retrocesso abissal das regras de proteção do absolutamente incapaz, o ordenamento jurídico do país vizinho conservou os instrumentos de proteção.

E a preocupação do legislador argentino com a dignidade do incapaz ou daquele com capacidade limitada é expressa no art. 138 do novo Código, ao estabelecer que a principal função do *curador* é cuidar da pessoa e dos bens da pessoa incapaz e tentar recuperar sua saúde; o rendimento dos bens da pessoa protegida deve ainda, preferencialmente, ser usado para esse fim:

ARTICULO 138 – Normas aplicables. La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.

La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin¹⁴.

Feitas estas considerações, constata-se que o novo Código Civil Argentino, a exemplo da legislação dos outros países que influenciaram o ordenamento brasileiro, não aboliu de seu ordenamento jurídico as soluções judiciais para reconhecer e declarar a incapacidade das

¹³ Tradução livre: Sistemas de apoio para o exercício da capacidade. Artigo 43– Conceito. Função designação: entende-se por apoio qualquer medida de natureza judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que dela necessita tomar decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm a função de promover a autonomia e facilitar a comunicação, compreensão e expressão da vontade da pessoa de exercer seus direitos. A parte interessada pode propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para lhe dar apoio. O juiz deve avaliar o escopo da nomeação e buscar a proteção da pessoa com relação a possíveis conflitos de interesse ou influência indevida. A resolução deve estabelecer a condição e a qualidade das medidas de apoio e, se necessário, ser registrada no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas.

¹⁴ ARTIGO 138 – Regras aplicáveis. A curadoria é regida pelas regras de tutela não modificadas nesta Seção. A principal função do curador é cuidar da pessoa e dos bens da pessoa incapaz e tentar recuperar sua saúde. O rendimento dos bens da pessoa protegida deve, de preferência, ser usado para esse fim.

pessoas, de multiformas, conforme o grau de comprometimento da autonomia da vontade do curatelado.

Em outro aspecto, a legislação estrangeira observada dispõe sobre a aplicação dos cuidados necessários para o incapaz retomar ou desenvolver sua plena capacidade, conforme rege o art. 758 do Código de Processo Civil: “O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito”.

Além disso, o direito argentino agora segue a tendência global ao instituir o Sistema de Apoio para o Exercício da Capacidade, com a finalidade de acompanhar aqueles que, embora na plenitude da capacidade, se ressentem de alguma dificuldade de compreender ou manifestar sua vontade nos negócios ou atos da vida civil.

4 DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

4.1 Direito civil constitucional

O ordenamento global, nas palavras de Pietro Perlingieri, é composto de normas diversas. A fórmula “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República” deve ser esclarecida. Para evitar que ela possa assumir significados ambíguos e problemáticos, é necessária uma adequada reflexão sobre o papel global exercido pelo Texto Constitucional na teoria das fontes do direito civil:

Segundo alguns autores, a norma constitucional seria um mero “limite” ou “barreira” à norma ordinária. Os enunciados normativos ordinários, enquanto não ofenderem um interesse constitucionalmente, assumem, autonomamente, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e totalmente legítimo. Nesse sentido, a norma constitucional atuaria excepcionalmente e de forma residual, mas sempre sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários. A essa afirmação replica-se o seguinte. Não se pode negar que existem normas constitucionais que se propõem a estabelecer limites às ordinárias; mas que essa seja, por definição, a única função da norma fundamental, pode-se certamente refutar. O recurso à noção de limite impede, outrossim, que a norma constitucional possa ser utilmente reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores jurídicos. Seria consentido a estes, tão-somente, interpretar e aplicar a norma ordinária, mediante o esquema lógico da subsunção, com reserva, todavia, de excepcionar, nos limites e com as modalidades previstas, o seu defeito de legitimidade constitucional. Do mesmo modo, contrasta com o considerar a norma constitucional como verdadeira norma, a opinião que nela reconhece, além de, ou mais do que, um limite à norma ordinária, uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários. As opções feitas no plano normativo superior refletem-se na atividade hermenêutica, nos conteúdos e nos significados das normas de nível ordinário. Certamente, o caráter sistemático da interpretação, que encerra em si a própria atividade cognitiva, enquadrando cada normativa no panorama geral do ordenamento, deve inspirar-se nas normas constitucionais (PERLINGIERI, 2002, p. 10).

Arrematando o pensamento, afirma:

todavia, a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, na dupla asserção de mera interpretação a partir dos princípios constitucionais e de individualização da justificativa da normativa ordinária sob a ótica funcional, não utiliza plenamente as potencialidades das normas constitucionais [...] as normas constitucionais são de direito substancial, e não meramente interpretativas; o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão é importante constatar que também os princípios são normas. Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por ela expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos (PERLINGIERI, 2002, p. 11).

A ideia de direito civil constitucional está umbilicalmente relacionada à noção de superação da dicotomia existente entre o direito público e o direito privado. Isso porque, tal dicotomia parte do pressuposto de que há uma divisão estanque, de modo que, tudo o que diz respeito às relações privadas será regido pelo direito privado, enquanto tudo o que disser respeito à organização do Estado e das relações institucionais será regido pelo direito público.

Nessa perspectiva, tal divisão remonta ao direito romano: “o direito público era aquele concernente ao estado dos negócios romanos; o direito privado era o que disciplinava os interesses particulares” (DINIZ, 2011, p. 267).

O direito privado, segundo esta concepção, possui como sua máxima expressão, o direito civil, que tem a finalidade de regulamentar as relações entre os sujeitos privados, enquanto o direito público pode ser identificado, em seu ramo por excelência, qual seja, o direito constitucional.

No entanto, com a evolução do pensamento jurídico, foi possível perceber uma significativa influência das normas constitucionais sobre o direito civil, razão pela qual, atualmente, afirma-se ter havido uma superação entre a dicotomia envolvendo o direito público e o direito privado.

Esta conclusão pode ser extraída da constatação de que, cada vez mais, ocorre a edição de diplomas normativos sobre os quais não é possível definir, em princípio, a qual ramo do direito pertencem, em razão da existência de profunda regulamentação de relações privadas e públicas:

A mudança é mais profunda. Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a “coexistencialidade”. A superação da divisão em pauta não fere, necessariamente, a unidade sistemática do Direito, inclusive porque ultrapassada também se encontra a fixação rígida de espaços normativos. Há searas novas, ambivalentes, nelas se inserindo interesses de dupla face, a exemplo da proteção à criança e ao adolescente, bom como no campo das relações de consumo que recaem sobre serviços bancários ou de entidades de crédito. Constata-se, pois, uma mudança de paradigmas. (FACHIN, 2003, p. 222).

A concepção de superação desta dicotomia, segundo a visão de alguns autores, embora possa parecer um paradoxo, na realidade indica a unidade do ordenamento jurídico:

O conceito de Direito Civil Constitucional, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido lato – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma visão unitária do ordenamento jurídico (TARTUCE, 2016, p. 58).

A afirmação de superação da dicotomia entre direito público e privado, no entanto, não quer dizer que haverá a extinção do direito civil, entendido como o ramo do direito que tem a finalidade principal de regulamentar as relações privadas:

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise em mão dupla (TARTUCE, 2016, p. 59).

Neste contexto, o reconhecimento da superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado não importa no reconhecimento de extinção do direito civil, que continua sendo o ramo do direito, por excelência, regulador das relações privadas.

Afirma-se que tal superação decorre do reconhecimento de uma recorrente interação entre as normas que, de acordo com a concepção pautada na dicotomia, pertenceria, de modo estanque, ao direito público e ao direito privado.

Nesse contexto, a interação entre o direito civil e o direito constitucional encontra respaldo na ideia de superação desta dicotomia, tendo em vista que a partir dessa concepção é possível afirmar a possibilidade de interação entre os dois ramos do direito.

O surgimento da concepção de direito civil constitucional, nesse sentido, está diretamente relacionado ao reconhecimento da força normativa da Constituição. Segundo essa ideia, o centro gravitacional do direito civil deixa de ser o Código Civil para ser a Constituição Federal. Isso porque, é a Constituição Federal que confere substrato de validade a todo o ordenamento jurídico, nele se incluindo o direito civil.

Nesse contexto, o direito civil não deve mais ser visto como matéria isolada no ordenamento jurídico. Isto porque a concepção segundo a qual o direito civil está vinculado apenas ao Código Civil, sem se sujeitar a qualquer tipo de controle, de acordo com a concepção do direito civil constitucional, deve ser superada. Assim, as normas dispostas nos diplomas do direito civil devem ser compatíveis com a Constituição sob pena de ser reconhecida sua nulidade.

Neste contexto, o ordenamento jurídico, como um todo, deve buscar concretizar os ditames constitucionais, visto que é a Constituição que fundamenta o ordenamento jurídico, dela sendo retirado o substrato de validade das demais normas que compõem o sistema:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem

nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo; pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 13).

Neste contexto, três marcos fundamentais viabilizaram a nova concepção sobre a Constituição antes vista como mera promessa política, sem força vinculante, mas que passou a ser considerada verdadeira norma que vincula toda a produção normativa do ordenamento jurídico.

Inicialmente Luís Roberto Barroso identifica o marco histórico dessa mudança:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2007, p.34).

Além disso, indica o marco filosófico:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo (BARROSO, 2007, p.34).

Por fim, destaca seu marco teórico:

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas (BARROSO, 2007, p. 34).

São estes marcos fundamentais que, na visão de Luís Roberto Barroso, contribuíram para reconhecer a importância da Constituição como o documento que fundamenta toda a ordem jurídica e do qual todas as normas que compõem a ordem jurídica extraem seu substrato de validade.

Afirma-se, neste contexto:

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, que funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais.⁴⁹ A Constituição, elemento unificador do sistema, está situada no vértice do ordenamento jurídico e, portanto, às suas normas devem se subsumir as demais, num movimento harmonizador, que espelha o fundamento de validade da legislação infraconstitucional (KLEE, 2008, p.88).

Luís Roberto Barroso, no mesmo sentido, indica as três fases distintas que implicaram no reconhecimento do direito civil constitucional. A primeira delas, intitulada “mundos apartados”, segundo a qual

[...] no início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado” (BARROSO, 2007, p.58).

Em um segundo momento, diz-se que a fase da ‘publicização do direito privado’ contribuiu para aprimorar a percepção da influência exercida pelo direito constitucional sobre o direito civil:

Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário e o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado (BARROSO, 2007, p.58).

Ao final, indica-se a terceira fase como aquela em que efetivamente ocorrera a constitucionalização do direito civil:

A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral (BARROSO, 2007, p.58).

Percebe-se, com isso, que o direito civil constitucional pode ser compreendido como o fenômeno pelo qual há o reconhecimento de uma expansão da influência da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, influenciando-o diretamente e condicionando a validade das normas de direito civil à observância da Constituição Federal.

4.2 Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais

Originalmente os direitos fundamentais foram concebidos com a finalidade de tutelar os direitos do indivíduo em face do Estado.

Nessa perspectiva, há uma eficácia vertical dos direitos fundamentais, assim entendida como a incidência dos direitos fundamentais nas relações firmadas entre o cidadão e o Estado.

De outro lado, todavia, surge a concepção de que a eficácia dos direitos fundamentais não se limita ao âmbito das relações entre os indivíduos e o Estado, mas também abrange as relações existentes entre particulares.¹⁵ Esta assertiva consubstancia o que se convencionou denominar de eficácia horizontal¹⁶ dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,

a propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. (SARLET, 2012, p. 324).

A explicação sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é trazida por dois posicionamentos: o da eficácia indireta ou mediata e outra posição que especifica a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.

De acordo com a posição que apregoa a eficácia indireta ou mediata, não é possível a aplicação direta de um direito fundamental previsto na Constituição Federal às relações privadas sem a existência de uma norma infraconstitucional que o estabeleça. Assim, é necessário, para a incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, a existência da sua regulamentação em normas infraconstitucionais, desempenhando, neste aspecto, relevante papel, as cláusulas gerais, que consubstanciam meios próprios a intermediar a incidência dos direitos fundamentais às relações estabelecidas entre particulares.

Segundo esta posição, “há eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas” (BARROSO, 2007, p. 61).

Além disso, segundo a posição que apregoa a incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, não é necessária intermediação legislativa: “a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais ocorre mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o fundamental em jogo, do outro lado” (BARROSO, 2007, p. 61).

¹⁵ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal a partir do Julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ passou a expressamente entender que os direitos fundamentais também incidem nas relações privadas.

¹⁶ Além da eficácia vertical e da eficácia horizontal, Sérgio Gamonal Contreras indica a eficácia diagonal dos direitos fundamentais ocorrida nas hipóteses em que há uma relação de desigualdade entre as partes que se relacionam. São típicas hipóteses de incidência da eficácia diagonal dos direitos fundamentais o contrato de trabalho e as relações de consumo.

No Brasil, segundo a corrente majoritária, adota-se a posição que apregoa a incidência direta ou imediata dos direitos fundamentais às relações privadas:

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: *a)* a igualdade ou desigualdade material entre as partes (*e.g.*, se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); *b)* a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (*e.g.*, escola que não admite filhos de pais divorciados); *c)* preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; *d)* risco para a dignidade da pessoa humana (*e.g.*, ninguém pode se sujeitar a sanções corporais) (BARROSO, 2007, p. 61).

Assim também:

As relações verticais, de autoridade entre o poder público e o particular são cada vez mais reduzidas (limitando-se as relações especiais de poder, como militar em serviço sujeito ao comando militar). Os direitos fundamentais são as pautas a guiar as relações jurídicas, por isso, hoje, fala-se de horizontalidade dos direitos fundamentais, como uma aplicação equitativa, para todas as relações, sem implicar primazia a uma relação desigual. Essa igualdade manifesta-se no recebimento dos direitos fundamentais. A vinculação dos particulares entre si aos direitos fundamentais é (a) plena, pois não tem relação de autoridade ou verticalidade; (b) direta, pois não tem necessidade de intermediação legislativa, e, conseqüentemente, o direito fundamental pode ser usado diretamente da Constituição; (c) e irradiante, atuando em todos os campos jurídicos indistintamente, com força invasora e preenchendo o conteúdo dos direitos fundamentais nas relações empresariais, civis, consumeristas, trabalhistas,⁴ advindas do biodireito, só para citar a interação do Direito Privado a partir da Constituição (MOREIRA, 2014, p.107).

Neste contexto, é possível afirmar que se trata de questão pacífica a incidência dos direitos fundamentais também ao âmbito das relações privadas. Há divergências apenas no que diz respeito à necessidade de intermediação da legislação infraconstitucional para definir tal incidência, prevalecendo, no Brasil, contudo, o entendimento de que se dá diretamente, dispensando assim qualquer intermediação legislativa.

4.3 Sistema de cláusulas gerais ou janelas abertas

O sistema de cláusulas gerais pode ser entendido como a possibilidade de que o próprio ordenamento jurídico, ciente de sua incapacidade de regulamentar todas as situações de fato passíveis de acontecimento no plano dos fatos, autoriza ao aplicador do direito, através destas cláusulas, e a partir de considerações obtidas da análise do caso concreto, decidir da melhor forma para atender às especificidades do caso que lhe é submetido.

Neste contexto, confere-se maior discricionariedade ao órgão jurisdicional para decidir o caso concreto considerando suas especificidades.

Importante ressaltar, todavia, que esta liberdade não é ilimitada, na medida em que as cláusulas gerais consubstanciam-se em um filtro do qual, necessariamente, o aplicador do direito deverá se valer considerando os princípios e direitos fundamentais incidentes no caso concreto.

Assim, a finalidade precípua das cláusulas gerais é viabilizar ao órgão incumbido de dizer o direito no caso concreto e a aplicação dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Atualmente, identifica-se o Código Civil de 2002 como um relevante diploma normativo pautado pela previsão de cláusulas gerais, conferindo, neste contexto, maior margem de discricionariedade para decidir o caso concreto. Assim, a codificação civil atual busca “valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor” (TARTUCE, 2016, p. 48).

Diz-se, assim, que o ordenamento civil atual adotou um sistema de cláusulas gerais também denominado sistema de janelas abertas:

[...] percebe-se na atual codificação material um sistema aberto ou de janelas abertas, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa (TARTUCE, 2016, p. 51).

[...] as cláusulas gerais podem ser conceituadas como janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso. São exemplos de cláusulas gerais constantes do Código Civil de 2002: – Função social do contrato – art. 421 do CC. – Função social da propriedade – art. 1.228, § 1º do CC. – Boa-fé – arts. 113, 187 e 422 do CC. – Bons costumes – arts. 13 e 187 do CC. – A atividade de risco – art. 927, parágrafo único, do CC. (TARTUCE, 2016, p. 52).

Com isso, afirma-se que o ordenamento jurídico civil atual está pautado na existência de cláusulas gerais que tem por finalidade viabilizar a adaptação do ordenamento jurídico às situações surgidas no mundo sem prévia regulamentação.

Além disso, diante do maior grau de vagueza na definição das suas cláusulas gerais, é um relevante instrumento para viabilizar a incidência dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais ao caso concreto.

5 VEDAÇÃO DO RETROCESSO

5.1 Princípio da vedação do retrocesso

O princípio da segurança jurídica está previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, com fundamento, além disso, no Estado Democrático de Direito:

[...] todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental (SARLET, 2006).

O princípio da vedação ao retrocesso, por seu turno, pode ser entendido como a situação pela qual, ocorrendo avanços relacionados à conquista de direitos em tema de direitos fundamentais, não poderá mais haver, seja pelo legislador ordinário, seja pelo próprio legislador constituinte, a supressão deste direito sob pena de violação, por via reflexa, à Constituição.

Nesse contexto, ainda que a operacionalização de um direito tenha ocorrido via legislação ordinária, o próprio legislador comum estará impedido de revogar a proteção conferida, sob pena de inviabilizar o exercício de um direito constitucional, situação que não encontra espaço em sua esfera de atuação constitucional:

Esse princípio da vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado (ALEXANDRINO, 2016, p. 240).

Com isso é possível constatar que o princípio da vedação ao retrocesso, de seu turno, está fundamentado na própria noção de segurança jurídica:

O conceito de segurança jurídica pode ser caracterizado pelos seguintes elementos: (i) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; (iv) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos

como os que devem ser suportados; (v) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (CAMBI, 2014, p. 178).

Assim, o princípio da vedação ao retrocesso, embora não encontre previsão constitucional expressa na Constituição Federal de 1988, decorre da segurança jurídica.

Além disso, a doutrina identifica diversas expressões da noção de vedação ao retrocesso no texto da Carta:

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte. Ambas as constelações referidas, todavia, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, mas não exclusivamente na esfera legislativa), não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso, notadamente a que aqui iremos desenvolver, tal como já anunciado (SARLET, 2006).

Assim, é possível afirmar que a vedação ao retrocesso decorre diretamente do princípio da segurança jurídica, sendo possível extraí-lo de diversos pontos do texto constitucional. Nesse contexto, uma vez caracterizada a situação de avanços quanto à efetivação de determinado direito fundamental, atendendo-se à ideia de vedação ao retrocesso, não será mais possível sua supressão: “Segundo este, após uma Constituição ter efetivado a proteção a certos direitos a partir de um indiscutível consenso, uma nova Constituição não poderia retroceder, suprimindo ou reduzindo o âmbito de incidência dos mesmos.” (MASSON, 2016, p. 109).

Mantendo-se a noção de inviabilidade de retrocessos no que versa acerca da regulamentação de direitos fundamentais, é possível afirmar que tal perspectiva está diretamente relacionada à ideia de existência de limites, inclusive, ao poder constituinte originário:

Ainda sobre a existência de limites ao poder constituinte, vale apresentar a categorização que Jorge Miranda faz dos mesmos. Na percepção do autor português existem três ordens possíveis de limites: (i) os transcendentais: são os que advêm dos imperativos do direito natural e dos valores éticos superiores que originam uma

“consciência jurídico-coletiva” que limita o poder constituinte material, impedindo-o de suprimir ou reduzir direitos fundamentais diretamente conexos com a noção de dignidade da pessoa humana e já solidificados na ordem jurídica a partir de largo e indiscutível consenso social. Como exemplo, no direito pátrio teríamos a vedação à imposição regular da pena de morte (para casos que extrapolassem a hipótese de guerra formalmente declarada, constantes do atual art. 5º, XLVII, “a”, CF/88) numa Constituição futura; (ii) os imanes: referentes à soberania e a forma de Estado, proveem da noção de que o poder constituinte formal, enquanto um poder situado, que se manifesta em certas circunstâncias, está limitado pela sua origem e finalidade, pelo reconhecimento de que ele é só “mais um momento da marcha histórica”. É, por exemplo, o que impede que um Estado Federal, que assim quer se manter, passe à condição de Estado Unitário; (iii) heterônomos: os limites heterônomos de direito internacional são os decorrentes da conjugação do Estado com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se às regras, obrigações e princípios provenientes do direito internacional que impõem limites à conformação estatal. Podem, ainda, resultar em limites heterônomos de direito interno, quando um Estado é politicamente desenhado como possuidor de uma ordem central de poder e alguns domínios parcelares (como sucede com os Estados federados), o que resulta em obrigações entre a União e os Estados-membros (MASSON, 2016, p. 112).

Diante disso, o próprio poder constituinte originário está, na visão de alguns autores, limitado aos aspectos em questão, dentre os quais a necessidade de observar o princípio da segurança jurídica, enquanto decorrente do próprio Estado de Direito e, ainda, a vedação ao retrocesso, enquanto diretamente ligada à ideia de segurança jurídica.

Desta forma, o princípio da vedação ao retrocesso tem por escopo principal inviabilizar a supressão de avanços relacionados às conquistas de direitos fundamentais. Com isso, não permite que o legislador – ao operacionalizar por meio da edição do diploma legislativo competente o exercício de direitos fundamentais constitucionais – suprima estes direitos.

Assim o é porque tal postura importaria em violar a Constituição, na medida em que a retirada do diploma normativo que viabiliza o exercício dos direitos fundamentais da ordem jurídica tornaria letra morta e desprovido de qualquer efetividade o próprio texto constitucional. Desse modo, o princípio da vedação ao retrocesso trata-se de “[...] princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados” (MASSON, 2016, p. 297).

Fixadas estas premissas, é possível afirmar que o direito fundamental, uma vez assegurado, não poderá mais ser suprimido da ordem jurídica sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Este princípio traduz-se como uma verdadeira dimensão negativa dos direitos sociais, na medida em que o Estado deve deixar de promover qualquer tipo de supressão aos direitos sociais já conferidos ao cidadão.

Esta perspectiva foi identificada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, por ocasião de seu voto no julgamento STA 175-AgR/CE, que analisou a concessão de tutela antecipada em face da União para custear tratamento de saúde:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Na oportunidade do julgamento, o Ministro invocou ainda a lição de José Joaquim Gomes Canotilho acerca do princípio:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas (CANOTILHO, 1998, p. 320-321, item n. 3).

Percebe-se, com isso, que a vedação ao retrocesso é um princípio que limita o exercício do poder pelo Estado e o próprio exercício do poder constituinte originário, sob a perspectiva das limitações transcendentais.

5.2 Vedação à proteção insuficiente

A vedação à proteção deficiente decorre do princípio da proporcionalidade, assim como ocorre em relação à vedação do excesso – este entendido como a vedação ao poder público de estabelecer limitações aos direitos fundamentais em patamares superiores ao estritamente necessário para viabilizar a efetividade do direito fundamental que se visa tutelar; aquele, como vedação ao Poder Público em conferir proteção aquém da necessária para viabilizar o efetivo exercício de um direito fundamental.

Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de *proibição de excesso*, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso (SILVA, 2002, p. 24).

Assim, a vedação à proteção deficiente ou insuficiente também está fundamentada no princípio da proporcionalidade, que encontra substrato no texto constitucional, por vedar ao poder público proteção aquém do necessário a salvaguardar o direito fundamental:

É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*) (SARLET, 2010, p. 126).

Portanto, a vedação à proteção insuficiente decorre do princípio da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade possui uma dupla face: de um lado as regras que o compõem (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) impedem a adoção de cargas coativas indevidas ou excessivas por parte dos poderes públicos (*proibição de excesso*); de outro, a proporcionalidade impõe aos órgãos estatais o dever de tutelar de forma adequada e suficiente os direitos fundamentais consagrados na Constituição (*proibição de proteção insuficiente*). Nesse sentido, pode-se dizer que enquanto a “proibição de excesso” tem por finalidade evitar intervenções no âmbito de proteção dos direitos fundamentais *além* do necessário, a “proibição de proteção insuficiente” visa a impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a promoção dos direitos fundamentais fiquem *aquém* do necessário (NOVELINO, 2017, p. 306).

Afirma-se, assim, que a vedação do excesso e a vedação à proteção deficiente são duas vias do princípio da proporcionalidade. Isto porque, se de um lado não é lícito ao poder público, a pretexto de tutelar um interesse juridicamente relevante, restringir direitos além do necessário, de outro, também não lhe é permitido deixar de conferir proteção a um direito fundamental nem tampouco conferir proteção aquém da necessária ao efetivo exercício de tal direito fundamental.

5.3 Fundamentos da vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz

Ao abolir do sistema o maior absolutamente incapaz, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.146 de 2015, retrocedeu em matéria de proteção a estas pessoas.

O ordenamento jurídico sempre dispensou especial atenção ao absolutamente incapaz, favorecendo-o nos mais variados e importantes institutos de direito civil, da prescrição à invalidade dos negócios jurídicos, em razão de sua condição peculiar (Código Civil, arts. 198, I, 166, I, 543 e 974, § 3º, III).

A Constituição Federal de 1988 também enaltece a especial necessidade de proteção às pessoas com limitações (arts. 7º, XXXI; ¹⁷ 23, II; ¹⁸ 24, XIV¹⁹ e 203, IV²⁰, dentre outros). Ainda que os conceitos de incapacidade e deficiência não sejam os mesmos, conforme observa Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, normalmente a incapacidade tem por causa um estado de saúde físico ou mental. Essa proteção constitucional, aliás, não deve ser compreendida apenas no aspecto existencial, como a saúde ou a vida da pessoa, mas também naqueles atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, que por vezes interferem naqueles.

No sentido inverso da proteção – agora do Estado – a Constituição preconiza, no art. 15, II, a suspensão dos direitos políticos em decorrência da incapacidade civil absoluta, ou seja, se a pessoa não consegue gerir os próprios negócios jurídicos privados, não pode, segundo a Constituição Federal, pretender conduzir os negócios de natureza pública (CANOTILHO, 2014, p. 686).

Por outro lado, a Convenção de Nova York, que possui *status* de emenda constitucional, tendo em vista o rito adotado para seu ingresso no Brasil (Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 3º), serviu de base para a Lei n. 13.146/ 2015, fonte das alterações do art. 3º do Código Civil.

Para Luiz Alberto David Araujo, não é possível compreender o espanto causado pela lei em questão:

¹⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

¹⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

²⁰ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Modificou o Código Civil, o Código do Consumidor, a Lei de Improbidade, dentre outros dispositivos legais. Tratou de alterar a capacidade, o exercício da capacidade, a perícia, dentre outros pontos. Mas a origem da inovação normativa não é o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Se há alguma irresignação quanto à lei, não será ela a responsável. O tema teve como base a Convenção da ONU já mencionada. A lei apenas seguiu o que a Convenção determinou. Ou seja, a mudança normativa ocorreu com a Convenção, e não com a lei ordinária. Imaginar que a lei ordinária provocou tamanha revolução normativa e valorativa seria não entender o sistema (ARAÚJO, 2018, p. 26).

A despeito das ponderações do autor, o sistema de proteção à pessoa com deficiência, quando absolutamente incapaz, uma vez que possui estatura de direito fundamental, não poderá ser objeto de supressão, na medida em que esta postura importaria em patente violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

O texto da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência traz expressa disposição quanto à vedação ao retrocesso em seu art. 4º, item n. 4:

Artigo 4: Obrigações gerais. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

Também no texto na Convenção da ONU foram previstas medidas de “salvaguardas”, o que representa, em apertada análise, a vedação de retrocesso e proteção insuficiente, pois estas garantias da convenção visam exatamente conferir segurança jurídica aos destinatários do mecanismo de proteção internacional.

Artigo 12: Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Sob esta perspectiva, nenhuma disposição da lei ordinária que implique em excessiva intervenção aos direitos da pessoa portadora de deficiência será legítima. Por outro lado, a eventual omissão dos órgãos legitimados a promover a adequada integração e proteção da

pessoa com deficiência também ressoará como omissão que importa em contrariedade aos princípios da vedação.

As novas regras de incapacidade foram pensadas tão somente para desfazer o rótulo da deficiência ou outro estado de saúde mental da pessoa, porém, sem nenhuma consideração quanto aos principais elementos para o exercício da capacidade, o *discernimento* e a *autodeterminação*.

Ausentes estes, por completo, não se compreende a pessoa como relativamente incapaz, o que realmente ela não é.

Para Waldir Macieira da Costa Filho (2019, p. 426), “no caso das incapacidades absolutas, existirá casos excepcionalíssimos de aplicação a pessoas com deficiência efetiva e comprovadamente impedidas em todos os seus sentidos e nos atos de exercício da cidadania”.

Esta também parece ser a opinião de José Manoel de Arruda Alvim Netto, ao considerar a possibilidade do negócio jurídico processual celebrado por absolutamente ou relativamente incapaz: “Logo, o negócio celebrado por – absolutamente ou relativamente – incapaz, devidamente representado ou assistido, existe e será reputado válido. A nulidade do negócio apenas será decretada, no caso específico, se houver prejuízo ao incapaz”.

Para estas situações admitidas pela doutrina de evidente caso de incapacidade civil absoluta, a eventual inaplicabilidade das normas de proteção pode causar enormes prejuízos a quem não possui qualquer discernimento ou autodeterminação.

O Código Civil vigente, assim como o anterior, foi estruturado para, com relação aos absolutamente incapazes, conferir-lhes proteção maior em função de sua particular condição.

Institutos como a prescrição e a decadência, a prova e a validade dos negócios jurídicos contam com mecanismos de proteção especiais quando o sujeito de direito é um absolutamente incapaz.

Assim, a partir do momento em que o legislador aniquila do sistema o maior absolutamente incapaz, todos os mecanismos de proteção existentes em torno dele deixam de ser aplicáveis.

Nesta ordem de ideias, a Lei n. 13.146/2015, na parte que revogou o art. 3º do Código Civil (art. 114), viola a Convenção de Nova York, sobretudo os arts. 4º e 12, de maneira que esse preceito da lei ordinária (art. 114 do Estatuto) deve ser considerado não recepcionado.

5.4 Vedação ao retrocesso e vedação à proteção insuficiente na jurisprudência

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação ao retrocesso é amplamente admitido servindo de fundamento a diversos julgamentos proferidos pela Corte Superior, especialmente em matéria de direitos sociais.

Nesse sentido, além de fundamentar, por exemplo, a necessidade de o poder público viabilizar a prestação do serviço público de saúde a contento aos cidadãos, é possível identificar outras situações nas quais o princípio foi expressamente adotado. Dentre elas, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.015 da Bahia, de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em que foram julgados inconstitucionais dispositivos de Lei do Estado da Bahia que violariam o princípio da vedação ao retrocesso.

Na oportunidade, ficou consignado que os arts. 19, VI e 46, XI, XVIII e XXI, da Lei n. 11.612/2009 do Estado da Bahia ofenderiam os princípios democráticos e a vedação ao retrocesso, visto que tornariam inexigível a atuação dos Comitês de Bacia Hidrográfica previamente à atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CONERH), situação que reduziria a participação da sociedade na política de recursos hídricos.

Segundo o voto do relator, os Comitês de Bacia Hidrográfica são constituídos por segmentos sociais que acompanham a situação de disponibilidade ou de escassez de água, o que possibilita mais efetividade na gestão da matéria, inviabilizando ou diminuindo eventuais abusos do Poder Público. Assim, retirar as atribuições dos Comitês de Bacia Hidrográfica importaria violar o princípio da vedação ao retrocesso, conforme consta da ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XIX). AFRONTA AO ART.225, §1º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. Ao disciplinar regra de dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos, o art. 18, § 5º, da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a redação dada pela Lei 12.377/2011, usurpa a competência da União, prevista no art. 21, XIX, da Constituição Federal, para definir critérios na matéria. 3. A dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos para perfuração de poços tubulares afronta a incumbência do poder público de controlar o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, V). 4. Os arts. 19, VI, e 46, XI, XVIII e XXI, da lei atacada dispensam a manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica para a atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CONERH, o que reduz a participação da coletividade na gestão dos recursos hídricos, contrariando o princípio democrático (CF, art. 1º). Da mesma maneira, o art. 21 da lei impugnada suprime condicionantes à outorga preventiva de

uso de recursos hídricos, resultantes de participação popular. Ferimento ao princípio democrático e ao princípio da vedação do retrocesso social. 5. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

Sob esta perspectiva, de fato, é possível identificar violação ao princípio da vedação ao retrocesso no julgamento em referência. Isso porque, cotejando a matéria julgada pelo Supremo Tribunal Federal com a conceituação do princípio em análise, é possível constatar que a Lei do Estado da Bahia, ao suprimir a necessidade de manifestação de Comitês de Bacia Hidrográfica para a atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos, cerceia a participação democrática necessária à definição da política dos recursos hídricos no âmbito do Estado.

Isso porque os Comitês de Bacia Hidrográfica possuem composição de membros da sociedade especialistas no assunto relacionado à definição das políticas de recursos hídricos.

Assim, ao se conferir a necessidade de manifestação destes comitês previamente à atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos, o poder público está viabilizando a participação democrática no desempenho das atividades do Conselho, não podendo mais, uma vez estabelecida a necessidade de manifestação prévia, dispensar tal manifestação sob pena de afronta ao princípio da vedação ao retrocesso.

Neste julgado é possível constatar, embora não expressamente mencionado, que viabilizou-se também a efetivação do princípio da vedação à proteção insuficiente. Isso porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225 “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, garante que além do poder público, também a sociedade tem o dever de preservar o meio ambiente.

A exigência de manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica para atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos consubstancia-se em um instrumento de atuação da própria sociedade na proteção ao meio ambiente.

Retirar a exigência desta manifestação pode ser entendida como retirar instrumentos à disposição da sociedade para efetivar a norma contida no art. 225 da Constituição, deixando a parte relacionada ao dever da sociedade em preservar o meio ambiente inoperável e, portanto, inviabilizando o exercício de uma das formas de proteção ao meio ambiente, em patente violação ao princípio da vedação à proteção deficiente.

O princípio da vedação ao retrocesso e da vedação à proteção insuficiente também pôde ser extraído do julgamento do Recurso Extraordinário n. 646.721 do Rio Grande do Sul, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, e Relator para o Acórdão Ministro Luís Roberto Barroso. Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal consignou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 na parte em que conferia tratamento diverso, para fins sucessórios, aos companheiros que vivem em união estável em relação àquele conferido aos cônjuges pela legislação material civil.

O entendimento do Tribunal na oportunidade foi no sentido de que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, ao revogar as Lei n. 8.971/1994 e Lei n. 9.278/1996, e discriminar a companheira ou o companheiro, dando-lhe direitos sucessórios inferiores àqueles conferidos aos cônjuges importou em violação ao retrocesso e à proteção deficiente.

O julgado possui a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

A partir da análise do julgado em referência é possível verificar que, de fato, o art. 1.790, do Código Civil de 2002 implicou em violação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Assim, a Lei n. 8.971/94 e a Lei n. 9.278/96, enquanto primeiros diplomas legislativos a regulamentar a União estável equiparou, para fins sucessórios, os companheiros e os cônjuges com o estabelecimento de tratamento igual aos companheiros àquele previsto aos

cônjuges pelo Código Civil de 1916. O Código Civil de 2002, contudo, modificou este regramento, estabelecendo direitos sucessórios distintos aos companheiros e aos cônjuges.

Ao assim proceder, retrocedeu em matéria de direitos já conferidos, na medida em que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §3º, determinou a proteção à entidade familiar consubstanciada em união estável de maneira que as proteções conferidas ao instituto pela legislação ordinária encontram seu substrato de validade diretamente neste dispositivo, de modo a não ser lícito ao legislador, uma vez equiparado o regime sucessório entre a união estável e o casamento, alterar abruptamente os regimes conferidos, concedendo tratamento discriminatório de um em detrimento do outro. Esta situação implicaria em violação ao princípio da vedação ao retrocesso.²¹

Além disso, em decorrência do princípio da vedação à proteção deficiente, também se entendeu inconstitucional o tratamento conferido pelo Código Civil de 2002 de modo diverso ao companheiro e ao cônjuge. Esta conclusão pode ser extraída de trecho do voto do Relator para o Acórdão, Ministro Luís Roberto Barroso, que consignou:

A depender das circunstâncias, tal regime jurídico sucessório pode privar o companheiro supérstite dos recursos necessários para seguir com sua vida de forma digna. Porém, a deficiência da atuação estatal em favor da dignidade humana dos companheiros não é justificada pela tutela de nenhum outro interesse constitucional contraposto.

É possível concluir, com isso, que o tratamento diverso ao cônjuge e ao companheiro implica, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em violação tanto ao princípio da vedação ao retrocesso quanto ao princípio da vedação à proteção insuficiente.

A vedação ao retrocesso e a vedação à proteção insuficiente também podem ser extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando analisou o dever do poder público em manter rede de assistência à saúde da criança e do adolescente, nos autos do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 de Minas Gerais de Relatoria do Ministro Celso de Mello. Assim é a ementa:

²¹ Assim consignou o Ministro Relator para o Acórdão, Luís Roberto Barroso, por ocasião de seu voto: Antes do Código Civil de 2002, embora existissem algumas leis esparsas conferindo, a conta-gotas, alguns direitos aos companheiros, o regime jurídico da união estável (incluindo aspectos sucessórios) apenas ganhou destaque com a edição de duas leis específicas, as Leis n. 8.971, de 29.12.1994 e n. 9.278, de 10.02.1996. A primeira delas (Lei n. 8.971/1994) praticamente reproduziu o regime sucessório estabelecido para os cônjuges no Código Civil/1916, vigente à época. Desse modo, (i) estabeleceu que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); (ii) concedeu-lhe direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e (iii) previu o direito do companheiro à meação quanto aos bens da herança adquiridos com sua colaboração. Embora esta Lei não tenha tornado o companheiro um herdeiro necessário (era apenas herdeiro legítimo), tal regramento em nada diferia daquele previsto para o cônjuge, que também não era herdeiro necessário no Código Civil/1916. Já a segunda, Lei n. 9.278/1996, ao reforçar a proteção às uniões estáveis, concedeu direito real de habitação aos companheiros 7. Assim, os regimes sucessórios do casamento e da união estável passaram a ser praticamente idênticos.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Na oportunidade, consignou-se que o poder público municipal deve, diante de inexistência de rede municipal de assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou autismo capaz de atender à demanda do Município, implantar tal mecanismo de assistência.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal fundamentou seu entendimento quanto ao princípio da vedação ao retrocesso. Além disso, acolhe o princípio da vedação à proteção deficiente ao exigir a adoção pelo Poder Público de medidas concretas aptas a efetivar os direitos constitucionais à saúde e à assistência, de modo que a ausência de adoção de medidas com esta finalidade implicaria em proteção insuficiente ao direito garantido pelo texto constitucional.

Expressamente invocando a vedação à proteção deficiente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 778.889 – PE, que devem ser equiparados à licença maternidade (prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988), a licença gestante e a licença adotante.

Assim foi a ementa do julgado:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF. 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a adotada”.

Na oportunidade, fixou-se a seguinte tese, em sede de repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da crianç a adotada.”

Sob tal perspectiva violaria o princípio da vedação à proteção deficiente qualquer disposição legal que conferisse tratamento diverso à licença gestante em detrimento da licença adotante, na medida em que os atos normativos devem viabilizar o atendimento satisfatório de ambas as situações, implicando em ausência de proteção adequada e, por conseguinte, em proteção deficiente qualquer disposição que implicasse em tratamento discriminatório como ocorre, por exemplo, quando se confere um prazo mais dilatado à gestante em relação à adotante.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Habeas Corpus n. 102.087/MG, também entendeu incidente o princípio da vedação à proteção deficiente:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresse, tendo em vista os bens e os valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o

legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA (STF, HC 104.410 RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012).

Pela análise do julgado é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal identifica, à luz do direito positivo, disposições expressas que contemplam a vedação ao retrocesso e a vedação à proteção insuficiente. Não obstante o julgado versar especificamente sobre matéria criminal, percebe-se que o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos (a vedação ao retrocesso e a vedação à proteção insuficiente) se aplicam ao ordenamento jurídico como um todo consubstanciando-se em verdadeiro norte a pautar tanto a atividade legiferante quanto a função jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal, além disso, pauta suas decisões acerca da viabilidade de o Poder Judiciário compelir o poder público a efetivar políticas públicas constitucionalmente consagradas à luz do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido foi a decisão proferida determinando a implantação da defensoria pública, porquanto tratar-se de instituição essencial à assegurar o acesso à justiça das pessoas necessitadas:

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À

ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTA AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “*THEMA DECIDENDUM*” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE – Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública – O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. – É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. – É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante

inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina – A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g. Doutrina. (EMB. DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 598.212) (STF, Emb. Decl. no Agravo de Instrumento n. 598.212 – PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25-03-2014).

Nesse contexto, a Corte Suprema, pautada no princípio da vedação à proteção insuficiente, entendeu ser lícito ao Poder Judiciário determinar a implantação da Defensoria Pública para se concretizar o disposto no art. 134 da Constituição Federal de 1988. A ausência da efetiva implantação da instituição implicava em deixar desprotegidas as pessoas que mais necessitavam de acesso à justiça visto que a omissão do Poder Público em efetivamente implantar a Defensoria Pública importava em proteção insuficiente, contrariando assim o princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sobre matéria ambiental, acerca da possibilidade de conceder efeitos retroativos às normas contidas no Código Florestal de 2012 para rever cláusulas contempladas em termo de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público – que eventualmente contrariassem disposições do Novo Código Florestal – entendeu que a legislação a ser aplicada era a vigente ao tempo da celebração do Termo de Ajustamento de Conduta com fundamento na vedação ao retrocesso:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. FATO PRETÉRITO. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. VEDAÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL. 1. O presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”. 2. “O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)” (AgRg no REsp 1.434.797/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016) 3. No presente caso, conforme consta do acórdão do Tribunal de origem, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC foi celebrado em 2007, devendo o seu cumprimento ser regido

pelo Código Florestal vigente à época da celebração do acordo. 4. Agravo interno não provido (STJ, AgInt. No Resp. 1.759.746 SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 26-03-2019).

Em outro julgado, desta vez sobre direito das sucessões, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o cônjuge concorre, em matéria de sucessão hereditária, com os descendentes, quando casados sob o regime da separação convencional de bens. Nesse sentido, o Tribunal argumentou que o Código Civil de 2002 avançou em matéria de sucessão hereditária ao estabelecer, à luz do art. 1.845, que o cônjuge é herdeiro necessário e que o art. 1.829, I, não elenca, dentre as exceções legais à ordem de vocação hereditária, o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens. Desta maneira, excluir o cônjuge casado sob o regime da comunhão convencional de bens da ordem de sucessão hereditária implicaria violação ao princípio da vedação ao retrocesso:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua *post mortem*. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que

os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1472945 RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23-10-2014).

Já sob a sistemática dos Recursos Repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça, também fundamentado na vedação ao retrocesso, entendeu que não é possível excluir os menores sob guarda da condição de beneficiários necessários do regime geral de previdência social. Isso porque, a alteração do art. 16, §2º, da Lei n. 8.213/ 1991 pela Lei n. 9.528/1997 – retirando o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário – não retira o suporte fático de dependência econômica que ele representa. Assim, a Corte fixou a tese de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória n. 1.523/1996, reeditada e convertida na Lei 9.528/1997. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), frente à legislação previdenciária.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E HUMANITÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/STJ. DIREITO DO MENOR SOB GUARDA À PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR. EMBORA A LEI 9.528/97 O TENHA EXCLUÍDO DO ROL DOS DEPENDENTES PREVIDENCIÁRIOS NATURAIS OU LEGAIS DOS SEGURADOS DO INSS. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO. DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE ISONOMIA, PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE (ART. 227 DA CF). APLICAÇÃO PRIORITÁRIA OU PREFERENCIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90), POR SER ESPECÍFICA, PARA ASSEGURAR A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, A TEOR DA SÚMULA 126/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO. 1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional. 2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e

julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário. 3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. 4. A alteração do art. 16, §2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente. 5. Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários. Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.550.168/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22.10.2015; REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015. 6. Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico. 7. Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput* da Carta Magna). 8. Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. *In casu*, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, §3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva. 9. Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O MENOR SOB GUARDA TEM DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DO SEU MANTENEDOR, COMPROVADA A SUA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA, NOS TERMOS DO ART. 33, §3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, AINDA QUE O ÓBITO DO INSTITUIDOR DA PENSÃO SEJA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/96, REEDITADA E CONVERTIDA NA LEI 9.528/97. FUNDA-SE ESSA CONCLUSÃO NA QUALIDADE DE LEI ESPECIAL DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (8.069/90), FRENTE À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 10. Recurso Especial do INSS desprovido (STJ, REsp 1411258/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.11-10-2017).

Em julgamento sobre questões urbanísticas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o exercício do *ius variandi* conferido às partes para flexibilizar as restrições

urbanístico-ambientais contratuais deve respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento enquanto pressuposto geral que, no direito urbanístico, como no direito ambiental, decorre da crescente escassez de espaços verdes e da dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Este respeito está, também, fundamentado no princípio da vedação ao retrocesso. Nesse sentido foi o julgado:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO. 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. 5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). 6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição

Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano. 7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). 8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. 9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. 12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição. 13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários. 14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. 15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe *nemo dat quod non habet*. 16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em

sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidiioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns. 17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente. 18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável. 19. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 302906 SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26-08-2010).

Em todos os julgamentos informados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em temas variados do direito, cada qual em seu papel na estrutura do Poder Judiciário, seja de guardião da Constituição Federal, seja de uniformização da interpretação da legislação federal, a vedação ao retrocesso ou regressão é sempre invocada como garantia de que os avanços conquistados no passado não serão desfeitos, desarranjados ou extintos pela geração atual ou pelas seguintes.

Se em temas diversos as Cortes Superiores vêm entendendo dessa forma, com muito mais razão a matéria aqui debatida mereceria a mesma compreensão jurídica. Isto porque viola o princípio da não regressão qualquer modificação legislativa que altere a segurança e a proteção jurídica do absolutamente incapaz.

Além da vedação expressa de tal retrocesso, por força da Convenção de Nova York, cujo ingresso no ordenamento jurídico se deu pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, ou seja, como norma constitucional de direito fundamental e eficácia imediata, outros preceitos constitucionais rechaçam essa possibilidade.

6 CONCLUSÃO

A norma constitucional existe para ser aplicada, ou seja, não há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas possuem imperatividade e devem ser aplicadas e observadas pelo Poder Público e pelos cidadãos.

A Convenção nova-iorquina sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi admitida no ordenamento jurídico interno com *status* de emenda constitucional, por opção do Congresso Nacional, ao escolher o rito especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Conseqüentemente, suas disposições internas são enunciativas de regras e comandos constitucionais com os quais devem se conformar o Poder Público e os cidadãos.

Portanto, a partir de sua promulgação pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, a Convenção nova-iorquina passou a ter imperatividade e obrigatoriedade no plano jurídico interno, cuja observância e aplicação a todos se impõe.

A Convenção, conforme se observa, é instrumento normativo diverso, mas serviu de base para o Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015.

Não obstante a referência legal de que a Convenção nova-iorquina tenha dado os fundamentos para o Estatuto da Pessoa com Deficiência, compreende-se que o legislador ordinário retrocedeu em proteção dos sujeitos a quem a norma é endereçada.

Isso porque o texto da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência dispõe quanto à vedação ao retrocesso das normas de proteção ao deficiente no direito pátrio de cada Estado membro a partir do momento em que ratificado o instrumento internacional. É o que se extrai do artigo 4º, item n. 4, e do artigo 12, item n. 4.

Se por um lado os direitos fundamentais não são absolutos, por outro não é aceitável a ponderação, sob o pretexto de elevar o patamar de igualdade entre os deficientes e as demais pessoas, que lhe sejam tolhidos os mecanismos de proteção para os atos da vida civil quando reconhecidamente considerados absolutamente incapazes.

São seculares os mecanismos de proteção de quem não pode compreender e manifestar autonomamente sua vontade; no Brasil, remontam ao Código Filipino de 1603.

É certo que a sociedade e o direito estão em constante evolução, talvez não na mesma toada, mas a raiz da teoria das incapacidades é o estudo da origem, das causas e dos efeitos

das limitações da vontade do sujeito de direito, campo em que o desenvolvimento de novas teorias é menos fértil e impetuoso.

Exemplo desta afirmação são alguns diplomas revisitados porque serviram de base para os Códigos de 1916 e 2002, como o German Civil Code (BGB, Código Civil da Alemanha, de 1896) e o Code Civil Français ou Napoléon (Código Civil da França, de 1804), que apesar de evoluírem ao criar os institutos da *Sauvegard* na França, e a *Betreuung* na Alemanha, que possibilitaram o apoio da pessoa com deficiência para os atos da vida civil, a exemplo da Tomada de Decisão Apoiada, prevista no art. 1.783-A, do Código Civil de 2002, mantiveram íntegro o núcleo normativo que autoriza a declaração e a proteção das pessoas sem discernimento algum.

A mesma trilhada dos diplomas internacionais adotou o novo Código Civil Argentino, de 2014, ao criar o Sistema de Apoio para o Exercício da Capacidade.

Embora as mudanças na legislação civil de todo o mundo quanto à capacidade das pessoas tenha em comum a ratificação da Convenção nova-iorquina sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o legislador ordinário, no Brasil, navegou por outras águas, e aboliu do sistema o maior absolutamente incapaz, algo não visto em outras legislações. Ao fazê-lo, o legislador ordinário violou diversas regras da Convenção nova-iorquina e da própria Constituição Federal.

Ora, os dispositivos constitucionais são determinações, não meramente de conselhos, opiniões ou sugestões (ADI 1484, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 21-8-2001, publicado em DJ 28-8-2001).

A Constituição Federal de 1988 é abundante em proteção da pessoa com deficiência, notadamente o art. 23, II, ao estabelecer a “proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Por sua vez, a Convenção nova-iorquina, com *status* de emenda constitucional, estabelece tão somente o acréscimo de direitos aos deficientes, e veda o retrocesso, ao afirmar que nenhum dos seus preceitos afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte. Outrossim, o instrumento nova-iorquino proíbe a restrição ou a derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte (artigo 4º, n. 4).

Também na Convenção de Nova York foram previstas as salvaguardas, as quais destinam-se a assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem

os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias do deficiente, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Estas salvaguardas, ainda devem ser proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa” (artigo 12, n. 4).

Sobre a proteção contra a influência indevida, sobretudo quando relacionado aos interesses da nação, a Constituição de 1988, no art. 15, II, prevê uma espécie de proteção ou salvaguarda gravada em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988), ao determinar a suspensão dos direitos políticos do absolutamente incapaz. Trata-se de norma cujo conteúdo é protetivo do incapaz, para evitar que, sem discernimento, sofra influência indevida ao exercer a cidadania, e também do Estado, para que os rumos do país sejam tomados por pessoas que estejam aptas à reflexão.

O preceito constitucional último foi violado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que além de derrogar as hipóteses do maior absolutamente incapaz, previu o voto a quem estiver sujeito à curatela, no art. 85, § 1º, parte final, independentemente do grau de discernimento.

Bem, se o poder constituinte originário exige algum discernimento para o exercício dos direitos políticos, uma vez que o art. 15, II, da Constituição Federal de 1988 não alcança os relativamente incapazes, o legislador ordinário não poderia permiti-lo irrestritamente.

Ao assim proceder, fulminou-se, além da Constituição Federal de 1988, a própria Convenção, que prevê como obrigação dos Estados membros a proteção dos deficientes contra a “influência indevida” de sua vontade.

Sob outra perspectiva, o Código Civil prevê mecanismos especiais de proteção do absolutamente incapaz, como aqueles relacionados às provas, à prescrição, à decadência e às invalidades em geral.

Mais uma vez, a Convenção nova-iorquina determina, quer na solução do conflito de normas, quer na de sucessão de leis, a prevalência das disposições mais propícias e a vedação da restrição ou derrogação de direitos do deficiente, seja ele plenamente capaz ou incapaz, em maior ou menor grau.

Como vimos, a Lei n. 13.146/2015 derogou o art. 3º do Código Civil, e retirou a possibilidade do maior absolutamente incapaz, mantendo esse *status*, por efeito legal, apenas aos menores de 16 anos.

Também neste aspecto o legislador ordinário violou a Convenção e a Constituição Federal de 1988. Isto porque a supressão do maior do art. 3º do Código Civil, por consequência, o afastou por completo do sistema protetivo que até então lhe era aplicável, o que é desfavorável a esse indivíduo.

Assim, a proteção à pessoa com deficiência, quando maior e absolutamente incapaz, não poderia ser fustigada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, de maneira que tal violação resultou a estas pessoas um quadro altamente desvantajoso.

Nesse contexto, quaisquer disposições infraconstitucionais que impliquem tratamento desfavorável à pessoa com deficiência, após a ratificação da Convenção nova-iorquina, serão inválidas, por ofensa ao princípio da vedação do retrocesso.

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2018.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir**. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Inclusão e concurso público: análise crítica da jurisprudência sobre pessoas com deficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial**. Tese, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1986.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v.7, p. 533-584, ago. 2015.
- BASTOS, Jacinto Rodrigues. **Código civil português**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.
- BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diário Oficial da União, de 7 de julho de 2015.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BORGARELLI, Bruno de Ávila. **O “maior acompanhado” uma novidade no direito português** (parte 2). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 86, p. 105-124., jan.-mar., 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA, Rogerio Sanches *et al.* **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência** – comentado artigo por artigo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et. al.* **Manual de direito civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRARA, Luigi Cariota. **II negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: Morano, 1949.

FIUZA, César. **Direito civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações no Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito civil. **Direito e Desenvolvimento**. João Pessoa, v. 7, n. 13, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição? **Revista Jus Navigandi**, ano 21, n. 4605. Teresina, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao/1>. Acesso em: 22 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

ITÁLIA. Governo. Disponível em: https://www.esteri.it/mae/en/sala_stamp/archivionotizie/comunicati/2009/05/20090518_ratificaconvenzioneue.html. Acesso em: 16 jan. 2019.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 870, p. 81-104, abr. 2008.

LAFER, Celso. **Salvaguardas**. O direito internacional e a reforma política. **Revista USP**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66861/69471/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, p. 49- 89, jul.-set. 2015.

LEITE, Flávia Piva Almeida Leite. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. **Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 86, p. 105-124, jan.-mar. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**. São Paulo: RT, 2015.

NUEVO Código Civil y comercial de la nacion. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Presentacion-de-Dr-Ricardo-Lorenzetti.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Dados obtidos da conferência dos Estados Partes da Convenção Sobre os Direitos Das Pessoas com Deficiência**. Realizada em Nova York, entre 12 e 14 de setembro de 2012. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/126-paises-ratificaram-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 25 jun. 2019.

PEREIRA, João Batista Costa. **A maioria**: uma visão interdisciplinar. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3491/a-maioridade-uma-visao-interdisciplinar/1>. Acesso em: 14 jan. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, 14, n.57, out.-dez. 2006.

SOARES, Thiago Rosa. **A capacidade de fato das pessoas com deficiência**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-l200.conjur.com.br/2018-ago-27/direito-civil-atual-maior-acompanhado-novidade-direito-portugues-parte>. Acesso em: 17 jan. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 10, n. 2, jul.-dez. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THOMASI & SILVA. A interdição e os reflexos da Lei 13.146/2015. **Meritum**. v. 12, n. 1.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en. Acesso em: 24 jun. 2019.

VELOSO, Zeno. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: uma nota crítica. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>. Acesso em: 15 jan. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração