



**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO**

**JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO**

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD): UMA ANÁLISE DE SUA  
NATUREZA JURÍDICA E DE SEUS IMPACTOS NA DOGMÁTICA CIVIL  
BRASILEIRA**

**FORTALEZA**

**2019**

JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD): UMA ANÁLISE DE SUA  
NATUREZA JURÍDICA E DE SEUS IMPACTOS NA DOGMÁTICA CIVIL BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Realização dos direitos fundamentais nas relações privadas. Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

FORTALEZA

2019

Ficha Catalográfica elaborada por Dayane Paula Ferreira Mota – Bibliotecária – CRB-3/1310

L799e Lobo, Júlio César Matias.

O estatuto da pessoa com deficiência (EPD): uma análise de sua natureza jurídica e de seus impactos na dogmática civil brasileira / Júlio César Matias Lobo. – 2019.

126 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário Christus - Unichristus, Mestrado em Processo e Direito ao Desenvolvimento, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Alexandre Perazo Nunes de Carvalho.

Área de concentração: Realização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

1. Dignidade-liberdade. 2. Teoria das incapacidades. 3. Alterações. 4. Segurança jurídica. I. Título.

CDD 342.1161

JÚLIO CÉSAR MATIAS LOBO

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD): UMA ANÁLISE DE SUA  
NATUREZA JURÍDICA E DE SEUS IMPACTOS NA DOGMÁTICA CIVIL  
BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Realização dos direitos fundamentais nas relações privadas. Linha de Pesquisa: Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

Aprovada em 19/02/2019.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho,  
Centro Universitário Christus (Unichristus)

---

Profa. Doutora Renata Albuquerque Lima  
Centro Universitário Christus (Unichristus)

---

Profa. Doutora Maria Lírida Calou de Araújo Mendonça  
Universidade de Fortaleza (Unifor)

À minha esposa, Janile, e ao meu amado filho,  
Júlio César, razão do meu esforço.

## AGRADECIMENTOS

Nem sempre as palavras conseguem expressar com exatidão a importância que as pessoas têm em nossas vidas, o sentimento e o carinho que nutrimos por elas. Mas o receio de não exprimir adequadamente o que o coração carrega não pode ser superior ao desejo de agradecer a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização desse sonho, trilhado já nos primeiros passos da graduação. É um sonho planejado e, graças a Deus e a vocês, concretizado.

Por isso, inicio agradecendo a meus pais, Antônio Matias Lobo (*in memoriam*) e Maria Eloina de Oliveira, que lutaram para sustentar, educar e cuidar dos filhos, com muito amor, esmero, empenho e retidão. Afinal, cuidar de seis filhos não é tarefa nada fácil. Mas nada nos faltou. Aos senhores, o meu eterno agradecimento, e a você, meu pai, minhas saudades e a certeza de que em pouco tempo estarei novamente ouvindo seus sábios conselhos. Não os esqueci ou deixei de segui-los, apenas no momento atual estou precisando de outros.

Também quero agradecer aos meus irmãos, Renê, Patrícia, André, Mailson e Franklene, que sempre acreditaram em mim. Cada um a seu modo me ajudou a ser o que sou e a chegar até aqui.

À minha amada esposa, Janile, que merece um duplo agradecimento. O primeiro, por ser minha companheira, esposa e amiga há mais de 18 anos. Dizem que por trás de um grande homem há sempre uma grande mulher. Não sei se sou um grande homem, mas não tenho a menor dúvida de que não seria o que sou ou não teria conquistado o que conquistei se você não estivesse ao meu lado para apontar o caminho, falar o que precisava ser dito e fazer o que precisa ser feito. O segundo, por ter me dado um anjo chamado Júlio César Viana Lobo, meu amado filho. Só agora estou conseguindo entender o amor que meus pais sentem por mim.

Também quero agradecer aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, especialmente ao professor doutor Hugo de Brito Machado Segundo, à professora pós-doutora Renata Albuquerque Lima, ao professor doutor Carlos César Sousa Cintra, ao professor doutor Carlos Marden Cabral Coutinho, à professora doutora Fayga Silveira Bedê e ao professor doutor Gerardo Clésio Maia Arruda, pela paciência, pelo zelo e por compartilharem conhecimentos tão importantes para minha formação acadêmica e profissional.

Quero agradecer, ainda, ao professor doutor Juraci Mourão Lopes Filho pelas preciosas aulas e por conduzir com tanto esmero, dedicação e empenho o Mestrado do Centro Universitário Christus, buscando sempre a excelência e a qualidade no que faz e ensina. Certamente, seu empenho contagia todo o corpo de professores do Programa e os estimula a dar o melhor de si.

Agradeço aos meus colegas do mestrado por compartilharem as dúvidas, os anseios, e as leituras. Cada um tem sua parcela de contribuição na concretização desse sonho.

Agradeço às professoras pós-doutora Maria Lírida Calou de Araújo Mendonça e pós-doutora Renata Albuquerque Lima pela gentileza de terem aceito o convite para integrar a banca examinadora e por despendem seu tempo com a leitura e aprimoramento deste trabalho.

Por fim, quero agradecer ao meu orientador, professor doutor Alexander Perazo Nunes de Carvalho. Segundo Augusto Cury, professores brilhantes ensinam para uma profissão, enquanto professores fascinantes ensinam para a vida. O senhor me ensinou para a vida. Da graduação ao mestrado, o senhor soube ensinar com amor, paciência, dedicação e sabedoria.

“O cavalo prepara-se para as batalhas, mas a vitória vem do senhor.” (PROVÉRBIOS, 21:31)

## RESUMO

A proposta deste trabalho consistiu em estudar a natureza jurídica do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), as alterações introduzidas no regime das incapacidades, na teoria dos negócios jurídicos, nos institutos da prescrição e decadência, na teoria das invalidades, na responsabilidade civil e nas relações familiares, e os principais conflitos normativos que surgiram com sua entrada em vigor. Isso porque, apesar de o novo diploma estabelecer uma nova sistemática de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência em perfeita sintonia com os compromissos internacionais e com o projeto constitucional da dignidade-liberdade, que procurou promover a efetiva inclusão social de tais pessoas, ainda não se sabe ao certo os exatos contornos que os institutos jurídicos, a liberdade e o exercício da autonomia das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual assumirão a partir dessas recentes alterações legislativas. Em razão disso, fez-se necessário estudar o referencial teórico e filosófico a ser utilizado na interpretação e na aplicação dos atos praticados por ditas pessoas, o conflito jurídico entre o EPD e o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e os principais questionamentos apresentados pela doutrina. Desenvolveu-se uma pesquisa de natureza teórica e bibliográfica, com leitura especializada da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. Ao término do trabalho, conclui-se que o EPD possui hierarquia jurídica superior à do CPC/2015, e que a técnica da subsunção do positivismo deve ser adotada para afastar qualquer tentativa de retorno do sistema da dignidade-vulnerabilidade, destinando-se a técnica da ponderação exclusivamente a, em cada caso concreto, solucionar os diversos conflitos jurídicos apresentados pela doutrina e compatibilizar a validade da autonomia conferida ao incapaz com a segurança jurídica, a previsibilidade e os interesses das pessoas contratantes, sem precedência abstrata dos interesses das pessoas com deficiência sobre os legítimos interesses das pessoas com quem estiverem a negociar.

**Palavras-chave.** Dignidade-liberdade. Teoria das Incapacidades. Alterações. Segurança jurídica.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to study the legal nature of the Status of the Person with Disabilities (SPD), the amendments made in the disability regime, in the theory of legal businesses, in the prescription and decadence institutes, in the theory of invalidades, on civil liability and in family relationships, and the main normative conflicts that arose with its entry into force. This is because, although the new law establishing a new systematic of protection and promotion of the persons with disabilities rights in perfect harmony with the international commitments and with the constitutional dignity-freedom project, which seeks to promote the effective social inclusion of such people, no one knows for sure the exact contours that legal institutes, freedom and the exercise of autonomy of psychic or intellectual disabled people take from these recent legislation changes. As a result, it was necessary to study the theoretical and philosophical referential to be used in the interpretation and application of the acts practiced by said people, the legal conflict between the EPD and the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015) and the main questions presented by the doctrine. Developed a survey of literature and theoretical nature with specialized reading of doctrine and jurisprudence on the subject. At the end of the work, it is concluded that the EPD has legal status higher than the one of CPC/2015, and that the technique of subsumption of positivism should be adopted to ward off any attempt to return the dignity-vulnerability system, being the technique of weighting exclusively to, in each case, solve the various legal conflicts presented by the doctrine and match the validity of autonomy conferred on the unable with legal certainty, predictability and the contracting interests, without abstract precedence of persons with disabilities interests on the legitimate ones of the persons they are negotiating with.

**Keywords:** Status of Person with Disabilities (SPD). Legal nature. Theory of Disabilities. Dignity-freedom. Interests involved. Weighting.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA DOGMÁTICA CIVIL BRASILEIRA.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1</b>	<b>Breve evolução histórica do constitucionalismo: do constitucionalismo na Idade Antiga ao neoconstitucionalismo da segunda metade do século XX.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2</b>	<b>Multiplicidade de dimensões.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3</b>	<b>Características do neoconstitucionalismo .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4</b>	<b>As características centrais e as três formas de abordagem do positivismo jurídico.....</b>	<b>32</b>
<b>2.5</b>	<b>Críticas ao neoconstitucionalismo.....</b>	<b>37</b>
<b>2.6</b>	<b>Como compatibilizar o Direito Civil-Constitucional com o Direito Civil? Qual caminho seguir?.....</b>	<b>48</b>
<b>3</b>	<b>A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD) E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD – LEI N. 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015): UMA ANÁLISE DE SUA HIERARQUIA JURÍDICA.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1</b>	<b>O status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.....</b>	<b>54</b>
<b>3.1.1</b>	<i>A posição de Mazzuoli acerca dos tratados internacionais de direitos humanos e dos que não versam sobre direitos humanos (que são chamados de comuns).....</i>	<i>56</i>
<b>3.1.2</b>	<i>A posição do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos e dos que não versam sobre direitos humanos (que são chamados de comuns).....</i>	<i>58</i>
<b>3.2</b>	<b>A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).....</b>	<b>64</b>
<b>3.3</b>	<b>O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e o Código de Processo Civil de 2015 .....</b>	<b>69</b>
<b>3.4</b>	<b>CPC/2015 versus EPD e a consequência de que não foi revogado pelo CPC/2015 - uma análise dos artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do CC/2002: exemplos que ilustram a tese defendida no trabalho.....</b>	<b>81</b>

<b>4</b>	<b>O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NA TEORIA GERAL DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....</b>	<b>85</b>
<b>4.1</b>	<b>A tutela da dignidade da pessoa com deficiência.....</b>	<b>88</b>
<b>4.2</b>	<b>As conceituações tradicionais da teoria das incapacidades e o Código Civil de 2002.....</b>	<b>91</b>
<b>4.3</b>	<b>O atual conceito de pessoa com deficiência e os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 com redação dada pela Lei n. 13.146/2015 (EPD).....</b>	<b>93</b>
<b>4.4</b>	<b>Uma abordagem analítico-reflexiva das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) a partir de situações concretas.....</b>	<b>96</b>
4.4.1	<i>Estudo de caso I: como a pessoa considerada capaz pelo Estatuto, mas que não consegue manifestar sua vontade nos atos cotidianos da vida civil por se encontrar em coma induzido, praticará os atos da vida civil?.....</i>	97
4.4.2	<i>Haverá necessidade de revisão de todas as sentenças de interdição das pessoas com deficiência, que já se encontram sujeitas ao regime da curatela, diante do novo status destes sujeitos? Será que se poderia falar em relativização da coisa julgada, para que a nova lei abarque os deficientes mentais considerados por sentença prolatada antes de sua vigência como absolutamente incapazes, tornando-os plenamente capazes?.....</i>	99
4.4.3	<i>Qual a consequência jurídica da ausência de representação ou assistência na prática de um ato pelo deficiente que, por decisão judicial, deveria ser representado ou assistido?.....</i>	101
4.4.4	<i>É possível sustentar que contra essa mesma pessoa, que é considerada plenamente capaz pelo Estatuto, mas que não consegue exercer pessoalmente sua vontade, correrão prescrição e decadência (artigo 198, inciso I, e 208, CC/2002)?.....</i>	103
4.4.5	<i>A pessoa considerada capaz pelo Estatuto responderá com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros. Acerca da responsabilidade civil dos incapazes, a regra (ainda vigente?) é a de que a responsabilidade recai sobre seus representantes legais (artigo 928, CC/2002)?.....</i>	104
4.4.6	<i>Qual será a função do curador de pessoa capaz? Reger a pessoa e administrar bens do incapaz ou só administrar seu patrimônio? Como resolver o conflito</i>	

	<i>entre o parágrafo único do artigo 1.550 do CC/2002 e o artigo 85 e seu parágrafo do Estatuto, se a vontade é elemento essencial ao casamento e não pode ser manifestada pelo curador? Isso não estaria descaracterizando o caráter personalíssimo do casamento?.....</i>	<i>105</i>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>108</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>113</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende realizar um estudo analítico-reflexivo dos diversos questionamentos doutrinários apresentados em torno das principais mudanças realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) no regime jurídico da teoria das incapacidades, no plano do direito protetivo e nos demais institutos do Direito Civil afetados pela substituição do modelo dignidade-vulnerabilidade pelo da dignidade-liberdade de proteção da pessoa com deficiência.

A metodologia utilizada na pesquisa será de natureza teórica e bibliográfica, abrangendo leitura especializada da doutrina sobre o tema, com o objetivo de identificar as principais inovações propostas pela CDPD e pelo EPD e os impactos dessas mudanças legislativas nos planos normativo, dogmático e concreto.

Após a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2016), também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), em perfeita sintonia com a filosofia da Convenção, inovou substancialmente ao assegurar, promover e proteger o pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência em igualdade com as demais pessoas, visando à sua plena inclusão social.

O EPD é fruto da ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, ratificados pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, na forma procedimental do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em vigor no plano interno a partir do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A partir do ingresso dessa Convenção no ordenamento jurídico brasileiro e da vigência do Estatuto, a pessoa deficiente passou a ser plenamente capaz, mesmo que esteja sob curatela ou tomada de decisão apoiada, para atender a disposições internacionais (CDPD), o que ensejou profunda alteração na noção de capacidade civil prevista no Código Civil (CC/2002), que ainda persistia na regulação da capacidade civil da pessoa deficiente sob o viés dignidade-vulnerabilidade, apesar de a doutrina moderna recomendar que a dignidade-liberdade da pessoa deficiente seja considerada em sentido concreto, como expressão material da dignidade da pessoa humana.

Apesar de ser posterior à CF/88, o que lhe impõe submissão axiológica e material, o CC/2002 persistia na regulamentação desse assunto (da teoria geral da incapacidade) à luz

de um sistema patrimonialista e abstrato, voltado mais à tutela de questões patrimoniais que propriamente de questões existenciais, isso porque tratava a deficiência como um problema intrínseco à pessoa, como se ela fosse culpada por sua condição. Em decorrência dessa orientação, a pessoa com deficiência psíquica e intelectual era considerada por imposição legal como relativa ou absolutamente incapaz.

Com as mudanças legislativas, a pessoa com deficiência psíquica e intelectual passa a ser plenamente capaz para praticar os atos da vida civil, mesmo que, extraordinariamente, venha a necessitar dos institutos assistenciais para agir no mundo negocial e fazer suas próprias escolhas. Essa guinada normativa representa um compromisso internacional assumido pelo Brasil, em que a dignidade e autonomia individual de tais pessoas são vetores interpretativos das mudanças legislativas, dos conflitos existentes e das possíveis soluções.

Por exigência constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana incidirá diretamente na dogmática jurídica, na interpretação e aplicação dos institutos que atribuem plena capacidade civil aos deficientes. Apesar dessa louvável preocupação, é preciso evitar que sejam criados obstáculos ou realizadas interpretações jurídicas que fragilizem a plena efetividade dessas mudanças, provoquem insegurança jurídica ou até mesmo desestimulem a realização de negócio jurídico com os deficientes.

Em razão da profundidade dessas alterações e das diversas críticas doutrinárias, por terem promovido a substituição do modelo protetivo de dignidade-vulnerabilidade pelo da dignidade-liberdade sem a necessária contrapartida de um sistema de salvaguardas dos deficientes nas relações negociais com terceiros, torna-se necessário analisar as alterações promovidas pelo EPD no ordenamento jurídico brasileiro, para tentar delimitar com precisão o impacto dessas alterações nos institutos jurídicos, na liberdade e no exercício da autonomia das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.

Não há dúvidas que o EPD resultou em benefícios à pessoa com deficiência, por libertá-la do aprisionamento legal da incapacidade, que a impedia de realizar qualquer ato da vida civil sem qualquer gradação da deficiência. Contudo, a mera mudança legal e abstrata não é capaz *per se* de cumprir os objetivos almejados pela CDPD/EPD e garantir que a capacidade civil de agir (factual) dessas pessoas será plenamente exercida e, sobretudo, respeitada por terceiros. Essa compreensão se faz presente mais ainda no caso deste trabalho, que propõe uma abordagem crítica de caráter mais analítico-reflexivo do que meramente descritiva, com repetições das ideias já existentes, sem um viés crítico-constructivo.

Certamente, a efetividade da capacidade factual passa muito pelo modo como serão interpretadas as disposições do CDPD e do EPD, solucionados os questionamentos acerca da natureza jurídica do EPD e os diversos conflitos jurídicos já apresentados pela doutrina e outros que certamente surgirão. A correta adequação da dignidade da pessoa humana à dogmática, à segurança e à previsibilidade jurídicas revelará a extensão exata da efetividade dessas mudanças.

A empreitada se inicia (segundo capítulo) com o estudo do referencial teórico e filosófico que deve ser utilizado na interpretação e aplicação dos atos praticados pelas pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas esferas patrimonial, negocial e assistencial, na definição do sistema jurídico a que ficará submetido e na solução dos conflitos jurídicos decorrentes da efetiva participação de tais pessoas na sociedade. O propósito desta investigação é o de alertar os leitores e operadores do Direito de que o manejo indiscriminado de uma ou outra corrente do pensamento jurídico, positivismo ou pós-positivismo, poderá dificultar ou até mesmo impedir a plena efetividade da nova sistemática de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência inaugurada pela Convenção e pelo Estatuto.

Todo e qualquer instituto jurídico possui um referencial teórico e filosófico que o fundamenta. Com a CDPD e o EPD não é diferente, o que exige do operador do Direito estudar os modelos existentes e indicar o mais adequado ao estudo, à interpretação e à aplicação dos institutos jurídicos.

Feito isso, o trabalho volta-se ao estudo do conflito existente entre o EPD e o CPC/2015 (terceiro capítulo), para se saber qual instrumento jurídico deve ser observado e aplicado. Esse conflito jurídico surgiu porque o EPD promoveu a revogação e a alteração de diversos artigos do CC/2002, que haviam sido alterados pelo CPC/2015. Embora o EPD tenha sido sancionado após o novo CPC/2015, entrou em vigor em 3/1/2016, antes do CPC/2015, que só entrou em vigência em 16/3/2016, em razão do maior espaço de *vacatio legis*.

Nesse caso, ocorreu o que a doutrina apelidou de “atropelamento” legislativo<sup>1</sup>, já que o Estatuto alterou artigos que haviam sido alterados pelo próprio CPC/2015. Daí a pertinência da formulação do seguinte questionamento: qual diploma jurídico deve prevalecer? O novo CPC/2015, que entrou em vigor depois do Estatuto, ou o próprio Estatuto, que primeiro entrou em vigência?

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Tartuce (2016).

Resolvido esse conflito, e apresentada a interpretação dos artigos do CC/2002 revogados e alterados pelo EPD e pelo CPC/2015 que melhor se adéqua ao projeto dignidade-liberdade, passa-se ao estudo (quarto capítulo) das profundas alterações promovidas pelo EPD na teoria dos negócios jurídicos, na prescrição, na decadência, na teoria das invalidades, na responsabilidade civil e nas relações familiares.

Com o EPD, as pessoas, mesmo que portadoras de deficiência mental ou com discernimento reduzido, não são mais consideradas incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, conquanto possam sujeitar-se à curatela na forma dos artigos 84 a 87 do Estatuto. Em razão disso, é plenamente factível, porém, que essa pessoa considerada capaz pelo Estatuto não consiga manifestar sua vontade nos atos cotidianos da vida civil. E por ser considerada capaz, não poderá ser representada ou assistida. Daí surge a seguinte indagação: como praticará os atos da vida civil?

Outro ponto que merece ser analisado diz respeito à situação das pessoas com deficiência intelectual, que já se encontram sujeitas ao regime de curatela, sobretudo aquelas consideradas absolutamente incapazes. Haverá necessidade de revisão de todas as sentenças diante do novo status desses sujeitos?

Será que as pessoas que hoje se encontram sob interdição por incapacidade absoluta, automaticamente, com a entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015, passarão a ser tidas como capazes, ante a eficácia imediata dessa lei, por não se justificar a sua permanência num regime jurídico restritivo (regime de transição), que não mais existe no ordenamento jurídico?

Qual a consequência jurídica da ausência de representação ou assistência na prática de um ato pelo deficiente que, por decisão judicial, deveria ser representado ou assistido?

Nessa mesma linha de raciocínio, é possível sustentar que contra essa mesma pessoa, que é considerada plenamente capaz pelo Estatuto, mas que não consegue exercer pessoalmente sua vontade, correrão prescrição e decadência (artigos 198, inciso I, e 208, CC/2002)?

Também há de se perguntar se a pessoa considerada capaz pelo Estatuto responderá com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros. Nesse contexto, acerca da responsabilidade civil dos incapazes, a regra (ainda vigente?) é a de que a responsabilidade recai sobre seus representantes legais (artigo 928, CC/2002)?

Com a reforma levada a cabo pelo Estatuto, a curatela passa a ter conteúdo e finalidade completamente diversos dos conferidos ao instituto pelo Código Civil de 2002.

Assume natureza extraordinária e restrita a atos de conteúdo patrimonial ou econômico, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, sendo decretada pelo menor tempo possível (artigo 84, § 3º, da Lei n. 13.146/2015).

Diante disso, pergunta-se: com a vigência do Estatuto, qual será a função do curador de pessoa capaz: reger a pessoa e administrar os bens do incapaz ou só administrar seu patrimônio?

Esses questionamentos, além de outros formulados ao longo desta dissertação, serão analisados e respondidos com base na premissa de que a CDPD e o EPD devem promover e assegurar, em igualdade de condições, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência e os direitos e interesses das pessoas que com eles contratarem.

Contudo, é preciso muito cuidado para que o regime das incapacidades não represente instrumento impeditivo do pleno desenvolvimento da autonomia das pessoas com deficiência, especialmente quanto às questões existenciais, ou até mesmo para que não seja interpretado de modo a causar insegurança jurídica ou prejuízo ao próprio incapaz, mormente diante da possibilidade da prática de atos da vida civil, mesmo possuidor de deficiência de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Por tudo isso, faz-se necessário realizar um estudo aprofundado dessas alterações, dos conflitos e dos diversos impactos provocados na teoria geral do Direito Civil, especialmente por não se saber ao certo a extensão e a profundidade das mudanças e dos impactos, com a advertência de que não está nos planos do autor e do orientador deste trabalho esgotar o assunto ou analisar todas as alterações e impactos na ordem jurídica brasileira, muito menos resolver todos os conflitos até o momento apresentados pela doutrina.

Em verdade, o propósito do presente trabalho é o de contribuir de algum modo para alguma sistematização e sedimentação do debate sobre o tema, que ainda se encontra em fase embrionária, apesar de todos os avanços e do vasto material doutrinário existente, apresentando, sempre que possível, críticas às posições doutrinárias, quando as entender cabíveis e pertinentes, bem como sugestões e soluções para os problemas jurídicos investigados.

## **2 NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NA DOGMÁTICA CIVIL BRASILEIRA**

É inegável a profunda influência que o neoconstitucionalismo tem exercido sobre a dogmática jurídica brasileira de modo geral, pois, como diz Sarmento (2009, p. 32), “[...]”

não há como negar a magnitude das alterações que vêm se desenrolando por baixo dos nossos olhos”. Contudo, antes de se dissertar acerca dessa repercussão em todos os ramos do Direito e dos impactos causados no comportamento dos juristas, doutrinadores, pesquisadores e julgadores, duas observações importantes se fazem necessárias.

A primeira observação é que não existe propriamente um constitucionalismo, mas vários movimentos constitucionais (CANOTILHO, 2013). Sem a pretensão de conceituá-lo(s), pode-se dizer, inicialmente, que se trata de um pensamento dinâmico em constante processo de modificação, assumindo diversas formas e linhas de raciocínios variados, com vistas à formação de um novo conceito jurídico<sup>2</sup>. Carbonell (2009, p. 9), no prólogo da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, acentua que o constitucionalismo contemporâneo vem definindo suas características nos últimos 50 anos, e, “[...] *sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no há permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos*”.

Daí o livro organizado por Carbonell (2009) ter como título o termo *Neoconstitucionalismo(s)*, consistindo em coletânea que influenciou sobremaneira o pensamento constitucional brasileiro neoconstitucionalista, que tem recepcionado de forma acrítica essa doutrina, como será visto mais à frente.

Os diversos termos, usos e sentidos empregados no neoconstitucionalismo já são um alerta importante para se saber a acepção ou a dimensão a que se refere quando se trata desse movimento, para que sejam traçados os limites, detectadas as insuficiências e corrigidos os abusos dele decorrentes. Retoma-se esse assunto na seção destinada ao estudo da multiplicidade de dimensões dessa expressão.

A segunda observação, não menos importante, é que essa influência sobre a dogmática privada pode ser sentida na criação e desenvolvimento de um Direito Civil-Constitucional “[...] com efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2005, p. 220), a exigir uma leitura e interpretação da legislação infraconstitucional - e do próprio Código Civil - à luz do que determina a Constituição, que ocupa o topo da pirâmide jurídica, outrora ocupado pelo Código Civil.

A ingerência na dogmática pública, por sua vez, consiste na confirmação da supremacia da Constituição e na valorização da confirmação da força normativa dos

---

<sup>2</sup> Não se pretende dizer com isso que o neoconstitucionalismo represente uma nova teoria ou concepção do Direito. Em verdade, não tem nada de novo, e “[...] não seria equivocado dizer que, passados dois séculos, esse conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo” (DIMOULIS, 2009, p. 213).

princípios e dos valores que lhes são subjacentes (SARLET, 2012), de forma a orientar a conduta de todos os poderes democraticamente constituídos, inclusive dos atos normativos por eles editados.

Não se engane o leitor com a singeleza da afirmação, que pode até parecer trivial, de que a Constituição deve ocupar o topo do ordenamento jurídico, sobretudo diante da ampla aceitação que a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen (2009), teve no Brasil, com a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, na qual a legislação infraconstitucional busca seu fundamento de validade na norma superior e a Constituição na norma hipotética fundamental.

Na verdade, a preocupação com essa afirmação é bem mais ampla, complexa e revela uma mudança de paradigma, que ainda se encontra em fase de desenvolvimento no Brasil, apesar dos poucos mais de 20 anos de estudo só no País<sup>3</sup>.

Essa mudança diz respeito ao declínio secular dos códigos, em que o Direito Civil exercia o papel de ator principal e a Constituição disciplinava aspectos básicos da organização e funcionamento estatal, ou seja, matéria essencialmente constitucional, como foi o caso da Constituição dos EUA de 1787, da Constituição Francesa de 1946 e das Constituições do Chile de 1833 e 1925, isso porque, na visão neoconstitucionalista (BARROSO; BARCELLOS, 2003), a Constituição era considerada apenas uma “carta política”, limitada a organizar o funcionamento do Estado e a disciplinar o relacionamento entre os poderes. A ausência de caráter jurídico<sup>4</sup> das constituições também reverberava nos princípios, “[...] qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito [...]” (ROTHENBURG, 2003, p. 13).

---

<sup>3</sup> Na Europa, o estudo do Estado Constitucional se iniciou logo após a Segunda Guerra Mundial, como um reforço à primazia formal e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico. A expressão “neoconstitucionalismo” foi utilizada de forma pioneira pela italiana Susanna Pozzolo em 1997. Segundo Barberis (2006, p. 19), “se o próprio fato, a teoria ou doutrina neoconstitucionalista, é fruto de muitas contribuições, tanto anglo-americanas (DWORKIN, 1977 e 1985), como latinoamericanas (NINO, 1999), e europeu-continentais (ALEXY, 1987; DREIER, 1991), o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo; Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento. **É o caso de avisar, desde já, contudo, que nenhum desses estudiosos adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se frequentemente de seus críticos mais ferozes**” (grifo nosso).

<sup>4</sup> Atente-se o leitor que essa é a visão que o neoconstitucionalismo tem das constituições dos séculos XVIII e XIX, cuja compreensão não corresponde à realidade. Como bem esclarece Dimoulis (2009, p. 3), “as Constituições escritas-instrumentais que proliferaram na Europa e na América Latina desde o início do século XIX, seguindo o exemplo dos EUA e da França, foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária”, ou seja, com força normativa e com supremacia.

Em situação completamente oposta, tinha-se as codificações que conseguiam oferecer à Grande Burguesia<sup>5</sup> efervescente – classe social emergente na Europa no final da Idade Média – a segurança e a previsibilidade necessárias ao pleno desenvolvimento social e econômico de suas ações, sobretudo em razão do caráter obrigatório e imperativo das normas do Direito Privado, consolidadas nas codificações do início do século XIX. Um exemplo clássico disso é o princípio do *pacta sunt servanda*, posteriormente mitigado pela intervenção estatal.

A vertente pragmática não se preocupou em atribuir aos comandos constitucionais a normatividade jurídica e a supremacia que lhe eram próprias (MORAES, 2010). O que se viu foi um caminho inverso, um enfoque que aproximou os comandos constitucionais mais de uma tendência política ou mero ideário não jurídico do que propriamente de um sistema normativo, composto de normas-regras e normas-princípios<sup>6</sup> com normatividade e imperatividade.

Apesar de a autora sustentar que as mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo do século XX conferiram juridicidade às normas constitucionais, é preciso destacar que Hesse (1991) procurou contestar a tese de Lassalle (2009, p. 29), para quem a Constituição não passava de uma folha de papel, e não atribuir juridicidade às normas constitucionais. Sua preocupação residia em conferir eficácia às normas do constitucionalismo do Estado Social.

Não é por outra razão que Reale (2001) chegou a afirmar que o Código Civil seria a Constituição do Direito Privado, ocupando a centralidade das relações jurídicas desse ordenamento. Atualmente, contudo, essa centralidade passou a ser ocupada pela própria Constituição, cuja visão autoriza a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e impõe, no entendimento da visão neoconstitucionalista (MOREIRA, 2008), a adequação da interpretação e dos institutos jurídicos aos valores, às normas e aos princípios constitucionais.

É importante que se diga que a ideia de supremacia constitucional não é fruto do movimento neoconstitucionalista iniciado logo após a metade do século XX, como faz crer o representante desse movimento. Em verdade, a ideia de supremacia constitucional é fruto do *judicial review* colocado em prática desde 1803 no direito anglo-saxão (SANTOS, 2018), no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a

---

<sup>5</sup> “A burguesia passou a exigir a fluidez de seu comércio com a criação de codificações que permitissem essa circulação correr com fluidez e segurança.” (SANTOS, 2018, p. 47)

<sup>6</sup> Atualmente, a classificação das normas constitucionais que tem prevalecido é a que as diferencia pelos graus de aplicabilidade, atribuindo-se a todas as normas constitucionais o caráter jurídico e imperativo, atributo alcançado desde o início do século XIX (SILVA, J., 2008).

natureza das constituições escritas. Logo, não se pode dizer que a defesa judicial da constituição surgiu com o neoconstitucionalismo.

Pode-se falar, portanto, com as devidas ressalvas, em um novo paradigma, com a constituição se infiltrando no Direito como um todo. É nesse sentido que se deve entender atualmente a acepção da supremacia constitucional. No entanto, “[...] de um modo geral, tanto a teoria do direito quanto as práticas judiciárias não esta(va)m preparadas para as diversas rupturas paradigmáticas por ela estabelecidas” (STRECK, 2014, p. 84).

Na doutrina de Ferrajoli (2009, p. 18), o Estado Constitucional de Direito, surgido após a Segunda Guerra Mundial, tem provocado duas mudanças radicais:

[...] Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos com los principios constitucional. [...]. Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre constitución e legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico e proyectivo em relación con su propio objeto [...].

Por isso, faz-se necessário estudar a profundidade do impacto desse novo paradigma produzido pelo neoconstitucionalismo na dogmática jurídica, avaliar a recepção desse movimento crítico pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como investigar se ele foi realmente capaz de superar o predomínio da dogmática jurídica tradicional<sup>7</sup>, a ponto de apontar para a necessidade de uma hermenêutica especificamente constitucional e, sobretudo, verificar se a nova metodologia indicada, abrangendo a ponderação e a argumentação, para citar apenas duas novas técnicas de interpretação, é mais vantajosa do que a técnica da subsunção proposta pelo positivismo.

Para Oliveira (2012), não há dúvida de que ocorreu o fracasso e a superação da metodologia tradicional de interpretação jurídica<sup>8</sup> utilizada pelo positivismo jurídico, isso porque a linguagem do Direito não é e nunca poderá ser científica ou metodológica. Ela é condição da possibilidade do discurso humano.

<sup>7</sup> Para Camargo (2003, p. 136), a dogmática jurídica brasileira, leia-se, o positivismo jurídico, caracteriza-se pelos seus aspectos formalista e legalista, da seguinte maneira: “1) primado da lei, enquanto regra geral, abstrata e universalmente obrigatória, que faz com que o direito repouse sobre um campo virtual; 2) representação da atividade do juiz meramente como tarefa de ‘conhecimento’ da lei, portanto exegética, que faz com que a interpretação se dê independentemente do problema; 3) separação radical entre os conceitos de ‘interpretação’ e ‘criação’ do direito”.

<sup>8</sup> Nesse mesmo sentido é a doutrina de Marmelstein (2014) e Barroso (2005). Como consequência dessa tese, defendem a existência de uma nova hermenêutica constitucional, por ser a metodologia tradicional insuficiente para solucionar os casos que reclamam a aplicação de princípios e não somente de regras, os chamados *hard cases*. Para Horbach (2007, p. 90), contudo, a nova hermenêutica é apenas um modismo da atualidade. Nas palavras desse autor, “[...] a ‘nova hermenêutica’ em nada difere da mais tradicional doutrina constitucionalista brasileira, apresentando como ‘novidades’ conceitos centenários do direito constitucional pátrio”.

Como decorrência da adoção das teses neoconstitucionalistas, o ato de interpretar não está mais preso a métodos ou técnicas de enunciação de sentidos de textos, alcançando uma dimensão de universalidade, como parte integrante do processo cognitivo e como condição de possibilidade da compreensão. Por consequência, “[...] a doutrina não mais ensina o como se deve interpretar, mas como de fato se interpreta, assenta-se uma mudança de foco” (ROMANO, 2009, p. 440).

Enxergar a necessidade de discutir esses assuntos só revela o acerto da conclusão de Ávila (2010, p. 122) de “[...] que o problema da aplicação do direito, não está apenas em analiticamente separar as espécies normativas, mas em municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio [...]”.

Talvez essa seja a grande preocupação dos operadores do Direito: como compatibilizar a aplicação dos valores, princípios e conceitos jurídicos indeterminados previstos na Constituição com a autonomia das relações privadas e do estatuto epistemológico do Direito Civil? Como recepcionar as diversas formas do neoconstitucionalismo, se é que isso se mostra possível e necessário?

Frente a essa realidade, impõe-se o estudo do modelo teórico que serviu de base ao neoconstitucionalismo, para o fim de verificar o que ele propõe e em que medida as suas diversas bases teóricas e ideológicas podem ser utilizadas no Brasil para uma interpretação adequada do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e solução dos inúmeros problemas jurídicos que estão a reclamar pronta intervenção judicial e doutrinária.

## **2.1 Breve evolução histórica do constitucionalismo: do constitucionalismo na Idade**

### **Antiga ao neoconstitucionalismo da segunda metade do século XX**

Embora não esteja nos planos deste trabalho estudar a origem e a evolução histórica dos diversos constitucionalismos, mostra-se preciso discorrer um pouco sobre as suas diversas fases até culminar na do(s) neoconstitucionalismo(s), a mais atual e aguda, incitadora de amplo debate que extrapola o âmbito acadêmico, em razão da profundidade das propostas e de sua ambiciosa pretensão. Também se mostra útil e importante para informar ao leitor o referencial teórico utilizado para construção dos sentidos e aplicação dos institutos jurídicos no século XVIII, e se esse referencial teórico pode ser utilizado satisfatoriamente para solucionar os diversos questionamentos que surgiram após a metade do século XX.

Essa abordagem histórico-descritiva se faz importante pelo fato de o constitucionalismo não ser um movimento exclusivo e típico da modernidade (DANTAS, 2009). A sua história não é única e contínua, ao contrário, diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais (BERCOVICI, 2008).

Nesse sentido, é possível falar, numa acepção histórico-descritiva, de constitucionalismo antigo, clássico, moderno e contemporâneo (NOVELINO, 2013), todos eles buscando o mesmo objetivo: a limitação do poder com fins garantísticos (CARVALHO, 2007). Nessa mesma senda é o entendimento de Canotilho (2013, p. 51), para quem “[...] o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos [...]”.

Para Cunha Júnior (2012), os movimentos constitucionalistas podem ser explicados em: (a) constitucionalismo antigo; (b) medieval; (c) moderno; (d) contemporâneo; e (e) neoconstitucionalismo.

Canotilho (2013), também numa acepção histórico-descritiva, concentra os vários constitucionalismos em dois períodos históricos bem definidos, cada um com características próprias, de modo que se mostra possível falar em um constitucionalismo antigo e um moderno.

Este trabalho adotará a classificação de Novelino, por ser a mais didática e suprir satisfatoriamente os objetivos deste tópico.

O constitucionalismo antigo, que se manifestou no período entre a Antiguidade e o final do século XVIII, foi o vivenciado pelo Estado hebreu, a Grécia, Roma e Inglaterra. As características principais dessa fase inicial do constitucionalismo são: (a) a prevalência da supremacia do Parlamento; (b) a inexistência de constituições escritas; (c) a possibilidade de modificação das proclamações constitucionais por atos legislativos ordinários; e (d) a irresponsabilidade governamental dos detentores do poder (NOVELINO, 2013).

O constitucionalismo clássico coincide com o surgimento do Estado Liberal do final do século XVII e início do século XVIII, e tem como referencial jurídico e político, entre outros, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e como referencial teórico o pensamento iluminista de Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778) e Kant (1724-1804), contrários aos governos absolutistas (luzes contra trevas), que alimentaram as revoluções liberais (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Surgem, nesse período histórico, os direitos de primeira dimensão, verdadeiras garantias subjetivas do indivíduo oponíveis contra o Estado. São tão importantes que Bonavides (2003, p. 563) chega a afirmar que “[...] já se consolidaram em sua projeção de

universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.

É possível então falar de um constitucionalismo norte-americano, que alcançou o ápice com a promulgação da Constituição aprovada na Convenção de Filadélfia em 17 de setembro de 1787, e de um constitucionalismo francês, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, seguida da Constituição de 3 de setembro de 1791.

Pode-se dizer que o constitucionalismo clássico restou marcado pela rígida separação de poderes, da sociedade e do Estado, com a previsão de direitos e garantias fundamentais e a ideia de um Estado mínimo no domínio econômico (Carvalho 2007).

Para Möller (2011, p. 24):

Entretanto, o que caracteriza o Estado Liberal nos modelos que derivam do sistema do civil law francês (pós-revolucionário), é a necessidade de proteger o direito de todo o subjetivismo que pudesse pôr em risco a segurança jurídica ou possibilitar o abuso do poder. Assim, é característico do Estado liberal o destaque ao papel da lei como fonte hegemônica do direito e o exercício de um papel meramente formal à constituição.

É nesse período que a história registra o aparecimento das constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia e lastreadas em referencial teórico técnico-científico, baseadas na razão humana e não mais na divindade. De acordo com o entendimento de Sarmento (2006, p. 9):

A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para contê-los le pouvoir arrête le pouvoir, como afirmou Montesquieu – e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição”.

O constitucionalismo moderno se desenvolveu entre as revoluções liberais do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX (NOVELINO, 2013), ensejando o surgimento do constitucionalismo social com o intuito de combater justamente os exageros do liberalismo econômico do século XIII, estruturado no princípio do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*. São exemplos de constituições desse período a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919, a Constituição austríaca de 1920 e a Constituição brasileira de 1934.

A partir das revoluções liberais evidencia-se a emergência dos direitos de segunda dimensão, realizados nos direitos sociais, culturais e econômicos. Na lição de Bonavides (2003, p. 564):

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Esses direitos, longe de se situarem apenas no campo da abstração e contarem com a efetivação garantida pela mera abstenção estatal, exigem pronta intervenção ativa do Estado, ou seja, “[...] a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva [...]” (BOBBIO, 2004, p. 67).

Por fim, tem-se o constitucionalismo contemporâneo<sup>9</sup>, com início logo após a Segunda Guerra Mundial, que se identifica com as diversas acepções e dimensões dos neoconstitucionalismos, provocando intensas mudanças no Estado Democrático de Direito, a ponto de ser sustentada a superação do Estado Legislativo de Direito pelo Estado Constitucional de Direito, consequência direta do pensamento jurídico neopositivista. Nesse sentido, Ferrajoli (2009, p. 14) assim se posiciona:

La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado Legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Passa-se, pois, a estudar o sentido e o alcance dessa nova expressão e seus impactos na cultura jurídica brasileira, tentando verificar se a sua proposta pode ser levada a sério como uma nova Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria Política ou mera concepção ideológica.

## 2.2 Multiplicidade de dimensões

Não há na doutrina brasileira consenso sobre o que se entende por

---

<sup>9</sup> Streck (2011) prefere utilizar a expressão constitucionalismo contemporâneo para se referir ao neoconstitucionalismo, por entender que esse fenômeno em nada difere do constitucionalismo contemporâneo, e nos termos em que vem sendo utilizado representa uma clara contradição, já que não apresenta algo que não tenha sido analisado pelo constitucionalismo ou pela teoria do Direito.

neoconstitucionalismo, tampouco um conceito preciso e bem definido desse termo. O que ela tem fornecido são denominações genéricas e imprecisas, além de representações desse fenômeno ou alterações havidas no pensamento jurídico após a Segunda Guerra Mundial.

Sanchís (2009, p. 123) resume com propriedade a dificuldade de compreensão da expressão neoconstitucionalismo, ao alertar que:

Neoconstitucionalismo, constitucionalismo, contemporâneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica.

Essa dificuldade reside no fato de não ser possível falar de um único constitucionalismo, mas de vários constitucionalismos e de modificações realizadas no âmbito do Estado e na própria dogmática jurídica. Essa dificuldade também é apontada por Sarmiento (2009, p. 33-34), [...] “talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade [...]”.

No Brasil, Barroso (2005) também não se dispôs a conceituar o que entende por esse movimento. Cuidou apenas de traçar as consequências ocorridas no Estado Constitucional de Direito e na Teoria do Direito logo após a Segunda Guerra Mundial, em razão dos marcos histórico, teórico e filosófico.

Filippo (2012) também não conceitua o que vem a ser neoconstitucionalismo. Sustenta, entretanto, que a partir justamente das atrocidades praticadas nesses regimes é que se começou a falar em transformações no Estado e na Teoria do Direito, especialmente.

Do mesmo modo, Moreira (2008, p. 91) também não o conceitua. Prefere sintetizar as diversas potencialidades do neoconstitucionalismo, ao entendê-lo:

[...] como uma teoria de direito lida a partir do Direito Constitucional, e que é maximizada por elementos de filosofia de direito e de filosofia política, que permitem repensar os alicerces jurídicos: a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes e, por fim, as transformações ocorridas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito).

Na visão desse autor (MOREIRA, 2008, p. 93), o neoconstitucionalismo, como Teoria do Direito, “[...] pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos, integrá-las sob uma base útil e transformadora”.

Santos (2018, p. 24-29) também compartilha da dificuldade de se conceituar a expressão neoconstitucionalismo, em razão das mais diversas particularidades, correntes geradoras e linhas de pensamento imagináveis. Em razão disso, entende que o neoconstitucionalismo “[...] passou a representar um conjunto de convicções filosóficas, políticas e sociais de um grupo de pensadores do direito”.

Sarmiento (2009, p. 31-32) explica que o Direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças provocadas, sob a égide da Constituição de 1988, em razão desse novo paradigma, que podem ser assim sintetizadas:

[...] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder de esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Contudo, vale frisar que a fonte primordial da doutrina brasileira que escreve sobre o neoconstitucionalismo é a coletânea de artigos organizada por Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, publicada na Espanha pela Editora Trotta, em 2009.

Justamente com base nos artigos de Guastini – *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* - e Comanducci – *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico* - contidos no livro *Neoconstitucionalismo(s)*, de Carbonell (2009), por exemplo, Bento (2015) pôde explicar que o neoconstitucionalismo apresenta ao menos três acepções: (a) a de um certo tipo de Estado de Direito, confirmando um modelo de organização política; (b) de uma Teoria do Direito, voltada à explicação das características desse modelo; e (c) de uma ideologia justificadora e defensora do modelo.

Barberis (2009, p. 259-260) destaca que o termo neoconstitucionalismo é usado para indicar pelo menos três sentidos diferentes, ainda que conectados entre si - um sentido muito amplo, um segundo sentido restrito e um terceiro sentido mais restrito ainda. Veja-se na sequência:

En un primer sentido, muy lato, constitucionalismo reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del Derecho; en un segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político; en un tercer sentido - estrictísimamente, y no del todo adecuado - indica (la doctrina de) el Derecho

constitucional. Puesto que la posición filosófico-jurídica denominada neoconstitucionalismo, como veremos, retoma las ideas del constitucionalismo, al menos en los dos primeros sentidos del término, parecen existir razones suficientes para admitir este uso todavía no consolidado de “neoconstitucionalismo”.

Pozzolo (2009), no artigo *Un constitucionalismo ambiguo*, denuncia a ambiguidade das teses neoconstitucionalistas que pregam uma interpretação moral da Constituição, ao mesmo tempo em que se mostra contrária a uma conexão necessária entre o direito e a moral, ao oferecer argumentos a favor da tese da separação conceitual entre Direito e Moral e da autonomia do positivismo metodológico. Para a autora, o neoconstitucionalismo deve ser entendido “[...] como teoria del Derecho del Estado constitucional” (p. 187).

Comanducci (2009) também destaca as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, abrangendo um viés teórico (neoconstitucionalismo teórico), um viés ideológico (neoconstitucionalismo ideológico) e um viés metodológico (neoconstitucionalismo metodológico).

Com base nas afirmações de Comanducci, Möller (2011) aponta que para o mesmo termo neoconstitucionalismo tem-se um neoconstitucionalismo teórico, um neoconstitucionalismo ideológico e um neoconstitucionalismo metodológico<sup>10</sup>.

Santos (2018, p. 30) conclui que o “[...] neoconstitucionalismo passou a ser uma convicção filosófica e política sobre como deve ser o direito. As proposições da ideologia se resumem a alguns pontos”:

[...] (i) existência de uma “conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo – proposição que será o tema principal do próximo capítulo, inclusive em sua contradição temporal e teórica imanente; (ii) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios e a distinção destes para com as regras; (iii) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios – mas não só; (iv) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (v) no ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição.

O que se vê é que o neoconstitucionalismo pode assumir feições similares ou completamente diferentes, a depender da abordagem teórica, ideológica ou metodológica que

---

<sup>10</sup> “(a) Neoconstitucionalismo teórico: o neoconstitucionalismo como teoria do direito, que busca descrever a constitucionalização dos ordenamentos. Representa tanto uma alternativa ao iusnaturalismo quanto ao positivismo jurídico; (b) neoconstitucionalismo ideológico: a concepção ideológica do neoconstitucionalismo não se limita a descrever o processo de constitucionalização, mas a defender esse processo e ampliar a garantia dos direitos fundamentais e de prática como a aplicação direta da constituição; (c) neoconstitucionalismo metodológico: sustenta que o neoconstitucionalismo romperia com a separação entre o ser e o dever ser defendida pelo positivismo jurídico, constituindo novo elo entre direito e moral. Influencia no modelo teórico, pois relacionado à filosofia do direito, sem deixar de possuir caráter claramente ideológico” (MÖLLER, 2011, p. 29).

se realiza. O fato é que o modelo jurídico do neoconstitucionalismo carrega em seu âmago uma diversidade de teorias, ideologias, pretensões ou simplesmente desejos que têm suscitado acirrados debates doutrinários, acadêmicos, e, por que não dizer, profundas mudanças na prática jurídica.

A partir dessa constatação, um estudo sério sobre o neoconstitucionalismo não pode prescindir de um necessário rigor científico na identificação dos diversos conteúdos abarcados pela expressão e que vêm sendo utilizados acriticamente por seus seguidores para justificar a superação do paradigma positivista, alvo central de ataque desse novo pensamento jurídico. Nesse ponto, é preciso que se diga que a abordagem teórica e ideológica do neoconstitucionalismo em nada difere do que já vem sendo objeto de estudo pelos diversos constitucionalismos, sendo imperceptível a contribuição desse movimento para o estudo do Direito e da própria Constituição.

Quanto à abordagem metodológica, que prega um novo modelo de análise do Direito, pode-se dizer que consiste em nova concepção, eminentemente prescritiva, voltada à interpretação e aplicação do Direito, prescrevendo como ele deve ser, cuja investigação difere e muito da abordagem descritiva realizada pelo positivismo normativo de Bobbio (1995), Hart (2009) e Kelsen (2009), que entendem o direito como fato, e não como valor.

Mostra-se urgente, pois, investigar se o referencial teórico, científico e filosófico utilizado pelo neoconstitucionalismo se apresenta como a melhor forma de abordar a Ciência do Direito, bem como se foi capaz de resolver satisfatoriamente o problema da discricionariedade judicial.

Contudo, uma análise séria acerca da superação, ou não, do referencial teórico e filosófico do positivismo jurídico pelo neoconstitucionalismo depende e muito de um estudo individualizado de cada uma das propostas do neoconstitucionalismo, o que certamente não seria possível de ser feito ao longo deste trabalho, por não consistir no objeto deste estudo.

Dessa maneira, não se pretende investigar os principais postulados do juspositivismo que estão sendo atacados ou questionados pelo neoconstitucionalismo, mas somente as características do movimento, na tentativa de demonstrar a variedade de conteúdo que o integra, a visão que a doutrina crítica tem dele e a consequência de se adotar uma postura neoconstitucionalista.

Com isso, pretende-se verificar se são, de fato, novidades teóricas e filosóficas capazes de promover a superação do positivismo jurídico e a solução adequada dos conflitos cada vez mais complexos da sociedade globalizada.

Busca-se, na verdade, encontrar o melhor arcabouço jurídico, filosófico e teórico

que seja capaz de colocar a salvo das ideologias, do subjetivismo e da insegurança jurídica os diversos questionamentos que o EPD tem suscitado com a sua entrada em vigor.

### 2.3 Características do neoconstitucionalismo

Para Barroso<sup>11</sup> (2005, p. 212), os marcos histórico, teórico e filosófico do neoconstitucionalismo fornecem as seguintes características:

(i) a formação de uma nova cultura jurídica a partir da Segunda Guerra Mundial, na Europa, e no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que seria a representação do marco histórico. Segundo Barroso (2005, p. 212), “[...] 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”;

(ii) a força normativa da Constituição. Barroso (2005, p. 215), explica que:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos.

(iii) a expansão da jurisdição constitucional, representada pela criação de Tribunais Constitucionais para proteção dos direitos fundamentais e da supremacia constitucional. Na visão de Barroso (2005, p. 215-216):

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

---

<sup>11</sup> Esses marcos não foram criados, desenvolvidos ou aperfeiçoados por Barroso. Em verdade, foram citados e desenvolvidos inicialmente pelos autores que compõem a coletânea organizada por Carbonell, publicada pela primeira vez em 2003 pela Editora Trotta, de Madrid. Somente em 2005 foi publicado o primeiro artigo de Barroso, tratando do neoconstitucionalismo no Brasil. Basta verificar o artigo de Guastini (2009, p. 50) – *La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano* – para encontrar sete condições que um ordenamento jurídico deve satisfazer para ser considerado impregnado pelas normas constitucionais, o que compreende a totalidade das características do neoconstitucionalismo apresentadas pelo autor brasileiro. Contudo, referidas características servem para evidenciar a constitucionalização do ordenamento jurídico e não o fenômeno neoconstitucionalista, detalhe importante não percebido pelo autor brasileiro.

(iv) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, em razão da insuficiência da interpretação jurídica tradicional para lidar com cláusulas gerais, princípios ou conceitos jurídicos indeterminados. Entende Barroso (2005, p. 217-218) que, “[...] no modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção [...]”, o que não ocorre com as normas constitucionais, que são aplicadas mediante ponderação e argumentação.

Por fim, (v) tem-se o pós-positivismo como marco filosófico no novo Direito Constitucional. De acordo com Barroso (2005, p. 214):

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia.

Como se vê, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, que teria superado o positivismo jurídico, como melhor modelo de análise do Direito.

Apesar de reconhecer a dificuldade de identificação dos elementos comuns ao pós-positivismo jurídico, Machado Segundo (2009, p. 70-71) aponta as seguintes características dessa corrente jusfilosófica:

[...] a) a norma jurídica, sendo o sentido de um ato de linguagem, é necessariamente determinada pelo intérprete, que “completa” um trabalho iniciado, mas só iniciado, pelo legislador; b) na determinação da norma aplicável, o intérprete parte dos textos normativos, mas considera sobretudo os princípios aplicáveis e as peculiaridades do caso concreto, em face das quais esses princípios são ponderados; c) os princípios são mandamentos que determinam a promoção de determinados valores ou objetivos com a maior intensidade possível. Estão consagrados, implícita ou explicitamente, no texto constitucional; d) na determinação da norma aplicável ao caso, o intérprete há de realizar a conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize de forma “ótima”, vale dizer, com a maior intensidade possível. Em caso de conflito entre os princípios implicados, deve haver uma ponderação, de sorte a que se adote a solução que os realize da forma mais equilibrada possível; e) os direitos indispensáveis à promoção da dignidade da pessoa humana estão positivados na Constituição, implícita ou explicitamente, em normas que podem ter estrutura de princípio. São os direitos fundamentais; f) os direitos fundamentais, até por serem consagrados em norma com estrutura de princípio, não têm como ser protegidos de forma absoluta. Têm de ser conciliados, ou “relativizados”, com aplicação do postulado da proporcionalidade, de forma a que seja possível o controle intersubjetivo e racional da decisão respectiva.

Para Oliveira (2012), o pós-positivismo jurídico discorda do positivismo jurídico quanto à exclusividade das fontes sociais do Direito, quanto à separação entre direito, moral e política, bem como pelo fato de o pós-positivismo jurídico conferir relevância aos “casos

díficeis” (*hard cases*) e à doutrina, promover a reabilitação dos princípios, com o desenvolvimento de novas teorias sobre a decisão judicial e os processos de aplicação do Direito, tendo os juízes papel decisivo nessa aplicação.

Para Möller (2011, p. 30), o neoconstitucionalismo apresenta as seguintes características: “(a) constituição rígida; (b) garantia jurisdicional da Constituição; (c) a força vinculante da Constituição; (d) a sobreinterpretação da Constituição; (e) a aplicação direta das normas constitucionais; (f) a interpretação conforme as leis; e (g) a influência da Constituição sobre as relações privadas”.

Esse autor aponta essas características como sendo do neoconstitucionalismo, mas Guastini (2009, p. 50), que lhe serviu de base, as enumera como inerentes ao fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico.

Sintetizadas as principais características desse arcabouço teórico, é chegado o momento de verificar se ele pode ser visto realmente como um novo paradigma constitucional ou da teoria do Direito, a justificar o acréscimo do prefixo “neo” à expressão constitucionalismo e do prefixo “pós” à expressão positivismo, bem como se as suas diversas dimensões encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, tendo em vista que o neoconstitucionalismo apresenta o pós-positivismo jurídico como seu referencial teórico, mostra-se preciso descrever as principais características e os três aspectos fundamentais do positivismo jurídico. Esse estudo permitirá ao leitor enxergar o(os) aspecto(s) do positivismo que restaram melhorados pelo próprio positivismo ou ultrapassados pelo neoconstitucionalismo, que abriu espaço para o surgimento do pós-positivismo.

#### **2.4 As características centrais e as três formas de abordagem do positivismo jurídico**

As diversas críticas e ataques formulados ao neoconstitucionalismo não levam em consideração as características ou as três formas de se abordar o positivismo jurídico, que não estão necessariamente interligadas. Uma crítica a uma feição do positivismo não implica a aceitação automática das demais, até porque as diversas facetas passaram ao longo das últimas décadas por reformulações, nem sempre bem compreendidas ou até mesmo esquecidas pelos opositores do positivismo.

Para Bobbio (1995), o positivismo jurídico apresenta as seguintes características<sup>12</sup> fundamentais:

- (i) direito tomado como fato, e não como valor, e uma abordagem descritiva da realidade;
- (ii) a coação como elemento integrante do direito;
- (iii) a legislação como fonte proeminente do direito;
- (iv) o direito como norma jurídica;
- (v) o direito como teoria do ordenamento jurídico, com a ideia de coerência e completude do ordenamento jurídico;
- (vi) a interpretação mecânica do direito;
- (vii) a obediência absoluta à lei, sintetizada no aforismo *gesetz its Gesetz* (lei é lei).

Dessas diversas características, é possível estudar o positivismo jurídico sob três aspectos fundamentais, “[...] para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto” (BOBBIO, 1995, p. 223).

Os três aspectos fundamentais do positivismo são: o positivismo metodológico (conceitual); o positivismo como teoria geral do direito (teórico); e o positivismo ideológico.

**O positivismo metodológico**, que compreende integralmente a característica descrita no item (i) das características do positivismo jurídico apresentadas por Bobbio, considera o direito como fato social, e não como valor, o que significa dizer que o jurista positivista deve realizar uma abordagem eminentemente descritiva da realidade, dos fatos sociais, descrevendo o Direito como ele é, visão avaliativa, e não como ele deveria ser, ou seja, valorativa. Desse método “[...] deriva uma particular teoria da validade do direito, dita

---

<sup>12</sup> Nessa mesma linha de Bobbio, Barroso (2001, p. 30) destaca que as principais características do positivismo jurídico são: “(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”. Essas características são as mesmas desenvolvidas por Bobbio (1995). Contudo, diversamente do que faz o jurista e filósofo italiano, o autor brasileiro não trata das características com o devido rigor quando associa, equivocadamente, a decadência do positivismo à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Essa visão não é compartilhada pela maioria da doutrina e esquece-se de informar e distinguir a versão forte ou extremista da versão fraca ou moderada do positivismo ideológico. Por isso que é correto afirmar, como fez Bobbio (1995), que a maior parte das críticas feitas pelos antipositivistas vale somente pela versão extremista e não pela moderada. Por fim, ainda cabe mais uma observação. Embora não o diga expressamente, é possível compreender das entrelinhas de seus escritos que Barroso se considera um pós-positivista. Contudo, na verdade, a depender do que ele defende, aproxima-se muito mais de antipositivista/interpretativista.

teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...]” (BOBBIO, 1995, p. 131).

Nesse aspecto reside a principal crítica formulada pelo pós-positivista. Para Dworkin (2002), o critério de validade utilizado pelo positivismo é apenas o teste de *pedigree*, e não seu conteúdo ou peso moral, o que força o positivismo a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são as regras, ou seja, pelos princípios, que possuem a função de legitimar e promover a correção moral do Direito.

Contudo Hart (2009), no pós-escrito, em resposta a Dworkin, afirmou que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, ou seja, um positivismo *soft positivism*, mas isso não implica aceitar a tese da legitimidade ou da correção moral. Quanto a esse aspecto, Hart (2009) chegou inclusive a alertar que não existe razão para haver qualquer conflito significativo entre empreendimentos (o interpretativismo de Dworkin e o *soft positivism* de Hart) tão diferentes.

Por esse motivo se mostra acertada a conclusão de que pelo menos Dworkin e Alexy devem ser considerados interpretativistas, mas nunca pós-positivistas. Essa constatação já revela outro descuido do pós-positivista, o de buscar subsídios teóricos em doutrinadores que apresentam pensamentos diversos e até mesmo conflitantes para justificar suas pretensões.

Portanto, o movimento antiformalista pregado pelo pós-positivismo não é uma crítica ao seu pensamento, mas uma preocupação que acompanha o próprio positivismo jurídico desde a escola do direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses até chegar à jurisprudência dos valores.

Provavelmente o único aspecto que o positivismo metodológico precisa compreender, e talvez não subsista quem pense diferente, é que a interpretação atual do Direito não se faz mais nos moldes da linguística matemática do século XVII, mas a partir da linguagem, com a exclusão de todo e qualquer procedimento metodista na busca do conhecimento.

É nesse aspecto que reside a contribuição de Heidegger (2007) e Gadamer (2004), que promoveram a completa superação dos métodos com a inserção da linguagem como pressuposto do processo de conhecimento, e não apenas como um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto. Mas isso não significa aceitar a tese de que se mostra impossível realizar

uma abordagem eminentemente descritiva do Direito<sup>13</sup>. Kelsen (2009) já demonstrou que isso é plenamente possível ao realizar uma cisão entre a Ciência do Direito e o Direito, assim como Austin, ao pregar uma abordagem descritiva pela Jurisprudência Analítica e uma abordagem prescritiva pela Jurisprudência Normativa.

Hart (2009) chegou a afirmar que Dworkin reconheceu que existem duas formas de abordar o Direito, que a avaliação interpretativa não é o único problema apropriado à teoria do Direito e que um papel importante está reservado à teoria do Direito geral e descritiva. Da mesma forma, Alexy (2015) reclama que a tese da correção moral do Direito implica a tese da dupla natureza do Direito, uma abordagem descritiva e corretiva do Direito. Desse pensamento, é possível extrair que uma abordagem eminentemente descritiva não é de todo desprezível ou inútil, como fazem crer os defensores da abordagem prescritiva.

Cruz e Duarte (2013), contudo, insistem que um cientista sério não pode fazer ciência apenas descrevendo uma realidade, leia-se, exclusivamente uma abordagem descritiva.

Uma abordagem descritiva do Direito não se mostra impossível e não há razões históricas e filosóficas que possam conduzir ao sentido de que ela se mostra inferior à abordagem prescritiva ou que deva ser abandonada. Ao contrário, há razões fortíssimas para dizer que o emprego da abordagem prescritiva tem causado mais insegurança jurídica e instabilidade do que previsibilidade e segurança, devido ao uso exagerado do método do sopesamento, como se fosse critério geral de interpretação e aplicação das normas jurídicas, suplantando a técnica da subsunção<sup>14</sup>. A partir dela, há uma transferência do poder de decisão do Legislativo para o Judiciário, com excessivo fortalecimento da atuação judicial em detrimento da atuação coletiva do Poder Legislativo.

---

<sup>13</sup> Também não se desconhece o pensamento de Popper (1978, p. 22), segundo o qual “é um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista”. Embora o cientista empregue seus valores e convicções na condução de sua pesquisa, isso não o impede de cindir o objeto de seu estudo em dois sentidos: o que realmente ele é, puro dever ser, do que se espera que ele seja, desejável. É possível, portanto, descrever uma realidade sem valorá-la negativa ou positivamente. Essa neutralidade na identificação do Direito é imprescindível à teoria positivista e visa preservar a própria noção de normatividade (ALMEIDA, 2012).

<sup>14</sup> Vale lembrar que Alexy (2008) não aponta o sopesamento como única técnica de interpretação do Direito. Ainda permanece intacta a técnica da subsunção, que, ao lado do sopesamento, permite a oxigenação moral do Direito na linha de raciocínio pregada pelo positivismo inclusivo. A postura eminentemente prescritiva do Direito transfere para o julgador o poder de definir o conteúdo desse Direito, legitimando uma postura de superioridade sobre o próprio Direito, uma dominação da lei pelo juiz, postura certamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Para ilustrar o que diz, basta verificar as recentes críticas de Noronha, presidente do Superior Tribunal de Justiça, de Mendes, do Supremo Tribunal Federal, e do jurista Martins (MARTINES, 2018).

A abordagem prescritiva pode e deve ser utilizada quando o Direito assim o autorizar ou reclamar, não cabendo ao intérprete decidir discricionariamente quando deve afastar o formalismo e acatar a correção moral como critério de justiça e legitimidade.

Por essa razão, a versão do positivismo inclusivo responde satisfatoriamente a todas as críticas formuladas por aqueles que seguem insistindo numa abordagem prescritiva do Direito.

**O positivismo como teoria do Direito** estuda o conceito de Direito procurando responder ao questionamento “o que é Direito?”. Nessa perspectiva, seriam elementos essenciais do Direito: (i) a teoria da coatividade do Direito; (ii) a legislação como fonte proeminente do Direito; (iii) o caráter imperativo do Direito; (iv) a teoria da coerência do ordenamento jurídico; (v) a teoria da completude do ordenamento jurídico; e (vi) a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do Direito.

Para Bobbio (1995), as críticas formuladas aos três primeiros elementos não são consistentes, e os três últimos elementos não têm a mesma importância.

Na obra de Hart (2009), no capítulo intitulado “O direito como união de normas primárias e secundárias”, já se enxerga que a coação não é elemento necessário à definição de Direito, que a norma não é vista como um comando. O que é essencial na definição do Direito é a ideia de consenso acerca da existência da regra de reconhecimento, que define os critérios de validade de uma norma jurídica. Está afastada a crítica ao elemento de número (i).

Da mesma forma, Hart (2009) também admitiu que, em certos momentos, o Direito se apresenta parcialmente indeterminado ou incompleto. Está afastada assim a crítica ao elemento de número (ii). Registre-se, nesse ponto, que o papel central da discricionariedade já foi revelado pela textura aberta de Hart e pelo quadro hermenêutico de Kelsen - antes, portanto, do pós-positivismo da metade do século XX -, que admitiram a discricionariedade do intérprete e aplicador da norma.

Com o pós-positivismo, “[...] não se abandona, ao contrário, se incrementa, uma das mais marcantes características do positivismo normativista, precisamente a discricionariedade” (LOPES FILHO, 2016, p. 72).

Da mesma forma, está afastada a crítica ao elemento de número (iii), porque, para Bobbio (1995), ocorreu uma evolução na doutrina do imperativismo jurídico, que passou a distinguir o imperativismo ingênuo, que vai de Hobbes a Austin, do imperativismo de Kelsen, que vê a norma como imperativo hipotético que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes.

As críticas formuladas aos elementos (iv), (v) e (vi) também não procedem. Esses elementos identificam o positivismo exegético do século XIX, que não resistiu aos avanços do

positivismo contemporâneo, mas não as concepções modernas do positivismo. De fato, nenhuma visão positivista da atualidade corrobora o positivismo exegetico, por simplesmente refletir uma realidade que não mais existe.

O terceiro e último aspecto fundamental do **positivismo jurídico é o ideológico**, no qual é visto como ideologia, e não como teoria do Direito. Nesse aspecto reside talvez a principal crítica feita pelos antipositivistas, sem, contudo, amparo na razão. Uma visão extremista do aspecto ideológico presta obediência irrestrita ao Direito positivo, sob o argumento de que *Gesetz ist Gesetz*, ou seja, de que lei é lei. É com base nesse aspecto que o positivismo jurídico foi associado aos regimes totalitários europeus.

Uma visão moderada do positivismo “não leva em absoluto à estatolatria e ao totalitarismo político” (BOBBIO, 1995, p. 236), até porque o positivismo reivindica a implantação de uma ferramenta de contenção às arbitrariedades, e não a legitimação das barbaridades e atrocidades cometidas por regimes totalitários, especialmente pelo regime nazista. E as atrocidades nunca foram e não podem ser praticadas em nome do Direito posto, que tem como essência justamente combater a tirania.

Como leciona Santos (2018, p. 81), “[...] de fato, os juízos de valor não fazem parte da alçada do Direito, segundo o juspositivismo, mas daí a relacioná-lo com o nefasto regime alemão há uma distância fática e filosófica irresponsavelmente negligenciada”.

Aliás, a atuação dos seguidores do nazismo não estava pautada exclusivamente pelas leis positivadas, mas, sobretudo, pela ideologia nazista de que deveriam agir segundo o interesse político do Estado, cabendo aos juízes julgar os atos contrários ao sentimento popular e não os contrários somente à lei.

Em verdade, foi justamente a ideologia do pensamento jurídico nazista que legitimou as barbaridades praticadas. A supremacia juspositivista foi terrivelmente suplantada pela ideologia jurídica de Hitler, que pregava justamente o mais completo desinteresse pelas leis produzidas pelo Parlamento, sendo certo afirmar que:

O Direito no *locus* nazista não era simplesmente percebido através da lei, mas por meio de uma razão pautada pelo Führer e não no juspositivista princípio de supremacia do Poder Legislativo - absolutamente deixado de lado pela construção schmittiana da supremacia do Führer. (SANTOS, 2018, p. 83-84, grifo do autor)

Logo, é possível dizer que agir segundo a ideologia nazista é agir justamente em contrário à ideologia juspositivista, que exige submissão à lei, o que torna até certo ponto contraditório afirmar que o juspositivismo legitimou as arbitrariedades praticadas pelo nazismo.

Analisadas as principais facetas do positivismo jurídico, é chegado o momento de estudar as principais críticas formuladas contra o neoconstitucionalismo, investigando especialmente se se mostra necessária uma nova forma de interpretar a razão prática, que tem no sopesamento o seu carro-chefe.

## 2.5 Críticas ao neoconstitucionalismo

Com raras exceções destacadas ao longo do trabalho<sup>15</sup>, a doutrina brasileira tem importado de forma acrítica as ideias desenvolvidas pela doutrina estrangeira como se a doutrina importada tivesse alcançado em sua própria raiz a superioridade teórica que diz ter. Um exemplo disso é a importação e aceitação generalizada do neoconstitucionalismo no Brasil, com a propalada superação (que não ocorreu<sup>16</sup>) do positivismo jurídico pelo pós-positivismo, como defende Barroso (2005, p. 10), ao dizer que:

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.

Não é por outra razão que Almeida (2012, p. 6461) é claro ao afirmar que “a febre ‘pós-positivista’ não é, como as publicações brasileiras fazem parecer, um fenômeno mundialmente aceito”. Continua o autor, afirmando que “[...] demonstraremos que o positivismo jurídico, **longe de ter sido superado**, está em constante evolução, como qualquer outra teoria. Enfim, que se trata de uma teoria que deve ser levada a sério e estudada em sua iluminação atual [...]” (grifo nosso).

Na mesma vertente é a crítica de V. Silva (2005, p. 116-117), relativa à forma de interpretação da Constituição realizada pela doutrina neoconstitucionalista, que tem sustentado a utilização dos métodos desenvolvidos pela doutrina alemã e amplamente utilizados pelo neoconstitucionalismo, em razão da “insuficiência” dos métodos sistematizados por Savigny e recepcionados pelo positivismo jurídico:

---

<sup>15</sup> Nesse rol de autores brasileiros que realizam uma crítica ao neoconstitucionalismo podem-se citar, entre outros, Almeida (2012), Ávila (2009), Dimoulis (2009), Rodrigues Junior (2011), Santos (2018), Sarmento (2009), Streck (2011) e V. Silva (2005).

<sup>16</sup> Como diz Bobbio (1995, p. 12), “apesar de toda a água que passou sob as pontes do positivismo jurídico, os pilares centrais resistiram”.

Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo, há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. Arcaico é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. Moderno é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional, o caso pode ser considerado como ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico enraizado e sedimentado em um determinado país. É possível que se suponha que os "novos" métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma "importação" de um modelo alemão de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os princípios de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência, são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional.<sup>4</sup> No caso dos métodos, a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional.<sup>5</sup> A partir dessa constatação, que será ainda discutida mais adiante, formulo algumas perguntas que servirão de base para a análise contida neste trabalho.

Para o professor Ávila (2009), o neoconstitucionalismo está menos para uma teoria jurídica ou método e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira.

Por consequência, conclui Ávila (2009) que as mudanças fundamentais na teorização e aplicação do Direito preconizadas pelo neoconstitucionalismo não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, o que implica dizer que não se deve adotar princípios em vez de regras, ponderação no lugar de subsunção, justiça particular em vez de justiça geral, Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativos ou Executivo e Constituição em substituição à lei .

De acordo com Streck (2011, p. 12):

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

Apesar de amplamente utilizado pela doutrina brasileira, o neoconstitucionalismo não goza na doutrina estrangeira do mesmo prestígio que possui no Brasil. Barberis (2006 p. 19), por exemplo, destaca que nenhum destes autores - Alexy, Barberis, Comanducci, Dreier,

Dworkin, Guastini, Mazzarese, Nino e Pozzolo – “adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se frequentemente de seus críticos mais ferozes”.

Por isso, Santos (2018) e Dimoulis (2009) reforçam a inexistência de um verdadeiro neoconstitucionalismo, pelo simples fato de a quase totalidade de suas teses já terem pautado a discussão que as diversas facetas<sup>17</sup> do positivismo jurídico travaram nos séculos XIX e XX, tendo o próprio positivismo reconhecido o exagero do postulado extremamente legalista e formalista da Escola da Exegese, a ponto de Almeida (2012, p. 6469) sustentar que “o positivismo exegético foi uma realidade contingente, estranha à esmagadora maioria das teorias positivistas, estando hoje totalmente desacreditado”.

Em razão disso, é um erro metodológico imperdoável equiparar o positivismo normativista de Kelsen e o analítico de Hart com a Escola da Exegese<sup>18</sup>, como faz Barroso (2005, p. 214) ao dizer que, “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX”. Pode-se sustentar que a Escola da Exegese coincide com a versão embrionária do positivismo jurídico, que se iniciou aos fins do século XVII, mas não com a versão normativista, analítica, exclusiva e inclusiva.

Em verdade, essa perspectiva positiva havia sido abandonada ainda no século XIX, mais precisamente no ano de 1830, que coincidiu com o declínio metodológico da Escola da Exegese Francesa<sup>19</sup> e da Jurisprudência dos Conceitos<sup>20,21</sup>.

---

<sup>17</sup> A identificação das diversas facetas é importante para se compreender que o positivismo jurídico não é uma teoria que apresenta um único sentido universal e invariável, ou seja, não é um bloco monolítico, para usar uma expressão de Bobbio (1995), mas a reunião de várias teorias fundamentais e independentes, que se remodelaram ao longo dos dois últimos séculos. Esses vários aspectos podem ser chamados de positivismos jurídicos, cada um a revelar um sentido próprio e independente. Talvez tenha sido esse o maior erro do neoconstitucionalismo - realizar uma crítica generalista sem distinguir qual aspecto do positivismo foi submetido à propagação superação pelo pós-positivismo.

<sup>18</sup> A Escola da Exegese surgiu na França para interpretar o Código Civil Napoleônico, desde o seu apogeu em 1804 até o seu declínio em 1880, tendo como representantes Demolombe, Laurent, Marcadé, Aubry-Rau e Lacantinerie (MAGALHÃES FILHO, 2009).

<sup>19</sup> Mostra-se de todo equivocada a conclusão de Camargo (2003), quando afirma que o pós-positivismo é um movimento de reação ao legalismo. O próprio positivismo, ainda no século XIX, mostrou-se insatisfeito com o formalismo e o legalismo exacerbados da Escola da Exegese, fato, inclusive, que a levou ao declínio em 1880, cuja consequência foi o surgimento das escolas reacionárias ao formalismo jurídico: (a) a revolução metodológica de Ihering; (b) a Escola da Livre investigação científica do Direito de Gény; (c) a Escola do Direito Livre; (d) o Realismo Jurídico, nos Estados Unidos; (e) a Jurisprudência dos Interesses; e (f) a Jurisprudência Sociológica. Todas elas não podem ser consideradas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas. E o critério para excluí-las é bem simples: surgiram antes da metade do século XX, que é o marco temporal inicial do movimento impreciso e retórico que se denominou de neoconstitucionalismo.

<sup>20</sup> A Escola da Jurisprudência dos Conceitos é de origem alemã, tendo como representante Puchta (1798-1846), considerado seu fundador, e Ihering (1818-1892), que posteriormente se tornou um de seus maiores críticos, assim como da Escola Histórica e da própria Jurisprudência dos Conceitos, que ajudou a construir, principalmente na segunda fase de seu pensamento (MAGALHÃES FILHO, 2011).

<sup>21</sup> A Escola da Jurisprudência dos Conceitos pode ser definida como aquela que “[...] reflete uma teoria jurídica lógico-racionalista, na medida em que atribui aos conceitos jurídicos a possibilidade de enclausurar o direito,

Com o declínio da Escola da Exegese, o método lógico-dedutivo e o formalismo jurídico tiveram que se valer de métodos metafísicos para corrigir as distorções causadas pelos rigores do formalismo, abrindo espaço para o surgimento de escolas que buscam a redução da distância entre uma abstração excessiva e a realidade, a solução do problema das lacunas jurídicas e a aplicação silogística mecânica do Direito.

Numa só palavra, o positivismo reconheceu que os códigos não conseguem cobrir a realidade, que se apresenta sempre mais complexa e dinâmica, que há situações fáticas que não se enquadram na formulação jurídica e situações jurídicas marcadas pela indeterminação e vagueza. Nessas hipóteses, há certamente discricionariedade a ser resolvida, segundo Kelsen, pela interpretação jurídico-política, ou seja, pelo Direito, e não pela Ciência do Direito.

Essa constatação só reforça a tese de que a discricionariedade não é uma ideia ventilada apenas pelo neoconstitucionalismo, pelo contrário, o próprio positivismo normativo já atentou para esse problema, apesar de ter desistido conscientemente de desenvolvê-lo.

Nesse rol de escolas que surgiram como movimentos de reação ao formalismo exacerbado da Escola da Exegese Francesa e das Escolas Histórica<sup>22</sup> e Jurisprudência dos Conceitos de origem alemã, podem-se apontar: (a) a Escola Analítica de John Austin (1790-1859); (b) a Escola da Livre Investigação Científica do Direito de François Gény (1861-1959), na França; (c) a segunda fase do pensamento de Rudolf von Ihering, que o levou a ser considerado o precursor das concepções sociológicas do Direito e da chamada Jurisprudência dos Interesses; (d) a Escola da Jurisprudência dos Interesses<sup>23</sup>, que tem como precursor Heck (1858-1943), na Alemanha; (e) a Escola do Movimento para o Direito Livre, de Bulow, também na Alemanha; (f) o realismo jurídico norte-americano de Holmes (1841-1935), Pound (1870-1964), Cardozo (1870-1938), Llewellyn (1893-1962), Cohen (1907-1953) e Frank (1889-1957); e (g) o Realismo Escandinavo de Axel Hägerström (1868-1939), Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980) e Alf Ross (1899-1979).

---

sendo desnecessária qualquer valoração para a compreensão das regras jurídicas, mas sim a sua recondução a conceitos superiores” (ROCHA, 2009, p. 81).

<sup>22</sup> A Escola Histórica teve início com Hugo (1764 - 1844) como seu precursor e com Savigny (1779 - 1861) como seu corifeu, e “[...] legou à jurisprudência dos conceitos alguns dos fundamentos sobre os quais esta se desenvolveu: seu caráter positivo, sua sistematicidade e a própria busca de justificação do mais específico no mais geral” (ROCHA, 2009, p. 80).

<sup>23</sup> É possível falar ainda na Jurisprudência das Valorações. Contudo, assim como o Movimento para o Direito Livre, não é propriamente uma escola do pensamento jurídico (BARROSO, 2011), mas um pensamento que encara o Direito como sendo fato, valor e norma, sendo o valor o elemento de maior relevância (MAGALHÃES FILHO, 2011). Da mesma forma, a Jurisprudência dos Interesses também não alcançou um nível de emancipação que a qualifica como escola (FALCÃO, 2013).

O estudo de todas as escolas mencionadas demonstra que o positivismo jurídico tem passado por um processo de atualização e evolução, sendo possível constatar que ele foi identificado ainda no início do século XIX como um positivismo exegético-legalista-formalista, que posteriormente evoluiu para o positivismo normativista de Hans Kelsen e para o analítico de Herbert Hart<sup>24</sup>, até chegar ao estágio atual do positivismo inclusivo de Kenneth Himma e Will Waluchow, e do exclusivo de Joseph Raz e Scott Shapiro.

Sendo assim, seguramente, a perspectiva teórica do neoconstitucionalismo suplantou apenas o positivismo exegético-legalista-formalista-primevo (SANTOS, 2018), deixando intocadas as teses centrais do positivismo normativo, analítico, inclusivo e exclusivo. Não sem razão Barberis (2006, p. 24) conclui que “[...] a maior parte das teses neoconstitucionalistas, como já foi visto, não é somente errada, mas desastrosamente errada”.

Em verdade, a base comum de todas as facetas do positivismo consiste na abordagem descritiva do Direito, atividade racional, com a exclusão de juízos de valor e de todos os elementos metafísicos que não possam ser identificados objetivamente, na existência de discricionariedade<sup>25</sup> e na separação conceitual entre o Direito e a Moral, temas que também fazem parte da agenda do neoconstitucionalismo.

Contudo, no que se refere ao Direito e à Moral, o neoconstitucionalismo prega uma aproximação necessária como critério de validade jurídica, posição diversa da assumida por Hart (2009), que admite a possibilidade de a norma de reconhecimento incorporar, como critério de validade, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, consistindo sua

---

<sup>24</sup> Hart (2009) rejeita a ideia de que o Direito seja um modelo de simples reunião de ordens coercitivas. Há no ordenamento jurídico normas desprovidas de ameaças, o que torna inadequado equiparar o Direito a ordens apoiadas por ameaças. Por isso, o sistema jurídico é explicado por Hart como uma combinação de normas primárias e regras secundárias. As normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, enquanto todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias, ou seja, especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas. São subespécies das normas secundárias: (i) a norma de reconhecimento: é a forma mais simples de solução para a incerteza própria do regime de normas primárias. É ela que estabelece os critérios de validade das regras primárias. Essa norma de reconhecimento é um fato social, a *ultimate rule*, e não pressuposta, como é a norma hipotética fundamental de Kelsen, e sua força jurídica decorre justamente da aceitação como obrigatória pelo grupo social que rege, sendo, por isso mesmo, um fato social; (ii) normas de modificação: são a solução para o caráter estático do regime de normas primárias. A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar normas antigas; (iii) norma de julgamento: as normas secundárias que outorgam o poder de formulá-las. Além de identificar os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos.

<sup>25</sup> No pós-escrito de sua obra *O Conceito de Direito*, Hart (2009) chegou a admitir a tese do poder discricionário do intérprete e aplicador do Direito para regulamentar os casos que ele deixa parcialmente não regulamentados. Mas essa liberdade, leia-se poder discricionário, não é absolutamente livre, é diferente de um poder legislativo, é um poder intersticial, também sujeito a muitas restrições substantivas, que em momento algum adota uma postura interpretativa de correção do Direito. Os valores morais são extrínsecos ao Direito (FERNANDES; BICALHO, 2011).

doutrina num positivismo brando (*soft positivism*), e não num positivismo do “simples fato”, como entendeu Dworkin.

O que resta, portanto, da perspectiva teórica neoconstitucionalista? Sobra apenas uma perspectiva de correção moral do Direito, com a utilização dos valores morais e políticos na validação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, ensejando uma necessária vinculação do Direito à Moral, descrevendo o Direito como ele deveria ser, e não como ele é, numa abordagem prescritiva, completamente diversa da realizada pelas diversas facetas do positivismo.

Nesse sentido, sua contribuição é apenas e tão somente no nível da interpretação concreta no momento da aplicação do Direito, aspecto sobre o qual Kelsen (2009) não quis voluntariamente trabalhar em sua obra *Teoria Pura do Direito*. Suas preocupações estavam voltadas para a interpretação jurídico-científica realizada pela Ciência do Direito, à qual não compete escolher a melhor interpretação entre as várias possíveis. Essa tarefa, diz Kelsen (2009), é dos órgãos jurídicos, que realizam uma função jurídico-política.

É somente nesse aspecto – interpretação concreta do Direito - que o neoconstitucionalismo possui alguma utilidade, mas isso não significa dizer que, nesse ponto, superou o positivismo jurídico, pelo simples fato de que Kelsen (2009) não tratou da interpretação do Direito no momento da sua aplicação, ou seja, da interpretação concreta, preferindo abordar uma interpretação jurídico-científica do Direito, deixando para os seus operadores a tarefa de escolher a “melhor” interpretação.

É justamente por conta dessa cisão entre interpretação como ato de conhecimento - Ciência do Direito - e ato de vontade - Direito - que Kelsen admite a existência de discricionariedade do intérprete no momento da aplicação da norma, pelo fato de que “[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor [...]”. (2009, p. 390).

Por todo o exposto, mostra-se coerente entender que não se trata propriamente de um plano teórico pós-positivista, mas essencialmente antipositivista, por analisar o Direito sob uma perspectiva valorativa e interpretativa, enquanto o positivismo o faz sob uma perspectiva avaliativa, aceitando a realidade como é a partir de uma interpretação jurídico-científica.

Essa cisão entre interpretação jurídico-científica e jurídico-política foi proposital e não se pode dizer que Kelsen (2009, p. 395-396) não tinha consciência da importância da interpretação concreta no momento da aplicação do Direito, apenas preferiu ser fiel à sua

abordagem eminentemente descritiva do Direito ao desenvolver apenas a interpretação jurídico-científica:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como freqüentemente fazem.

Desse modo, é motivado por esse “espaço” deixado pelo positivismo normativista de Kelsen que o neoconstitucionalismo se aproveita para justificar a sua superação a partir de uma interpretação concreta no momento da aplicação do Direito. Talvez seja por isso que “[...] o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli [...])” (STRECK, 2011, p. 12).

Portanto, os três marcos propostos por Barroso (2005) não conseguiram construir um referencial teórico e filosófico diverso do que já vem sendo estudado e explorado pelo constitucionalismo e pelo próprio positivismo nos últimos 200 anos. Nada de novo foi acrescentado, apresentado ou pensado senão formas diferentes de encarar situações jurídicas e políticas já analisadas pela teoria do Direito e pelos constitucionalismos. Nesse sentido Dimoulis (2009, p. 12) assim se posiciona:

Constatamos que nenhum dos elementos apresentados pelo Prof. Barroso como peculiares do neoconstitucionalismo pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional. Apresentaremos em seguida algumas reflexões sobre a possibilidade de entender o neoconstitucionalismo como forma de definição e interpretação do direito constitucional relacionando-o com a controvérsia entre positivismo e moralismo jurídico.

De fato, o pós-positivismo jurídico não se ateu à evolução experimentada pelo positivismo nas últimas décadas, o que certamente contribui substancialmente para que esse movimento caminhe a passos largos rumo ao mais completo descrédito e esquecimento, por não ser capaz de resistir aos contundentes contra-ataques da doutrina positivista, que é bem maior até em número de seguidores. O alerta de Almeida resume bem esse pensamento (2012, p. 6497):

O “pós-positivismo” à brasileira ignora, com raríssimas exceções, autores positivistas que estão vivos hoje, em plena atividade intelectual, lecionando em universidades consagradas como Oxford, Yale, Chicago, Harvard, entre outras. Aqui, propusemo-nos a trazer algumas colaborações de positivistas como Joseph Raz, Leslie Green, Mathew Kramer, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Neil MacCormick, Ota Weinberger, Victorio Villa, Scott Shapiro, Andrei Marmor, Brian Leiter, John Gardner. Muitos outros poderiam ser citados. De toda forma, com os escritos desses positivistas, vimos que muito do que o “pós-positivismo” diz ser a essência do positivismo jurídico constitui, na verdade, restos e sobras de uma teoria positivista que hoje já não é defendida por quase ninguém – o que, no limite, diz respeito a uma evolução no pensamento positivista, maturação intelectual que é comum e necessária a qualquer teoria do Direito.

Daí a precisa definição de Dimoulis (2009) ao concluir que esse movimento deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo. Somente no plano teórico-interpretativo pode-se concluir que esse referencial teórico apresentou alguma contribuição para o estudo do Direito, mas isso não autoriza o abandono por completo da lei e do formalismo jurídico, da previsibilidade, da segurança, da certeza jurídica e das demais vigas mestras do positivismo, muito menos a adoção irrestrita das demais teses propostas, especialmente a adoção da ponderação no lugar da subsunção, da aplicação de princípios no lugar das regras, e da aplicação direta da Constituição no lugar da lei, até porque admitir que isso ocorra é o mesmo que aceitar a superação do positivismo, que efetivamente não ocorreu.

Apesar de pouca ou nenhuma relevância teórica e filosófica, a sua recepção pela doutrina e prática jurídica brasileira tem contrastado com essa realidade, a ponto de ser amplamente aplicada inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>26</sup>,

---

<sup>26</sup> Oliveira (2018) destaca que o STF tem se utilizado da aplicação direta dos princípios constitucionais para substituir o modelo de regras, decorrente da constitucionalização do Direito Penal, mas essa inversão de técnica, além de violar o princípio da legalidade em matéria penal, não tem ampliado o âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O autor cita os seguintes exemplos nos quais foi utilizada a técnica de sopesamento ao invés da subsunção: (i) no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424/DF, o STF modificou radicalmente o entendimento do artigo 16 da Lei n. 11.343/2006, deixando a ação penal de ser condicionada à representação da vítima para ser pública incondicionada. O interesse da vítima foi sopesado com o princípio da proporcionalidade, por entender que o Poder Legislativo protegeu insuficientemente o interesse da mulher; (ii) na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, julgada no dia 17/06/2004, o STF, por 8x2, julgou procedente o reconhecimento do direito da gestante em submeter-se à antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, desde que previamente diagnosticada por profissional habilitado, sem que para isso seja compelida a ter que apresentar autorização judicial ou qualquer outra permissão por parte do Estado. Mais uma vez o STF sopesou o direito à vida dos anencéfalos e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Ao acatar a liberdade da mulher, o STF acabou por violar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Jurisprudência dominante da Corte Internacional de Direitos Humanos, que consagraram a defesa do direito à vida de todo ser humano desde a concepção. Esse mesmo caminho tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos julgamentos dos seguintes casos: (i) delito de embriaguez ao volante instituído pela Lei n. 11.705/2008 e a exigência de concentração mínima de álcool por litro de sague como elemento do tipo penal; (ii) extensão da imprescritibilidade do delito de racismo para o delito de injúria racial, apesar da diferença traçada pelo próprio Poder Legislativo. A equiparação é uma clara violação ao princípio da legalidade penal; (iii) a Súmula n. 534 do STJ, que passou a reconhecer a interrupção da contagem do tempo para concessão da progressão de regime em caso de falta grave praticada pelo condenado, mesmo a Lei n. 7.210/84 só permitindo a regressão para os regimes abertos e

como ocorreu no julgamento do Habeas Corpus n. 126.292, realizado pelo Plenário do STF em 17/02/2016, que por 7x4 tornou possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, em manifesta contrariedade ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>27</sup>.

Esse julgamento se insere no contexto do pensamento/movimento jusfilosófico denominado pós-positivismo jurídico. Isso ocorre em decorrência de ter sido utilizada a teoria do sopesamento em detrimento da técnica da subsunção, o que significa a utilização de mais princípios e menos regras, de mais sopesamento e menos subsunção, de mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo e de mais justiça individual e menos justiça geral.

Por pretender realizar uma interpretação e aplicação moral do Direito Constitucional, mostra-se mais coerente sustentar que o neoconstitucionalismo se aproxima muito mais de um pensamento antipositivista do que propriamente de uma corrente pós-positivista, pelo simples fato de não ser possível comparar correntes que realizaram abordagens completamente diferentes.

Ora, o pensamento neoconstitucionalista aposta numa convicção filosófica e política de como deve ser o Direito, na linha do que entendem Dworkin e Alexy, trilhando caminho oposto ao positivismo jurídico de Kelsen e Hart, que preferem uma abordagem descritiva do Direito.

Kelsen, que posteriormente seria seguido por outros grandes pensadores, realizou uma abordagem descritiva da ciência jurídica, apresentando o Direito como é, e não como deveria ser (prescritiva), como se pode evidenciar a partir das próprias palavras do autor (2009, p. 1):

---

semiabertos. No caso do regime fechado, o apenado estará sujeito à aplicação do regime disciplinar diferenciado, mas não à interrupção da contagem do tempo para a concessão da progressão.

<sup>27</sup> A redação do artigo 5º, inciso LVIII, da CF/88 é clara ao expressar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Mesmo diante da literalidade e clareza do artigo, o STF entendeu por bem sopesar o princípio constitucional da presunção de inocência e o da efetividade da função jurisdicional do Estado, postura tipicamente “pós-positivista”. Aqui se mostra clara a imediata aplicação da técnica de sopesamento de princípios de Alexy em detrimento do método subsuntivo do positivismo jurídico. E isso só foi possível porque o STF utilizou o referencial teórico do pós-positivismo jurídico, que confere ao julgador o poder de sopesar princípios e valores, o que não é possível quando se aplica o referencial teórico do positivismo jurídico, especialmente o método da subsunção. Daí a certa observação de Beccaria (2000, p. 22) de que “o juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro. Não há nada mais perigoso do que o axioma comum, de que é necessário consultar o espírito da lei. Adotar axioma é quebrar todos os diques e abandonar as leis à torrente das opiniões”. Certamente foi isso que ocorreu no julgamento do referido Habeas Corpus ao preferir o pós-positivismo (sopesamento) ao invés do positivismo (subsunção), mesmo se tratando de referencial teórico que não merece guarida no ordenamento jurídico brasileiro e que conseguiu apenas suplantar o positivismo exegetico-legalista-formalista da Escola da Exegese do século XIX.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Hart (2009) do mesmo modo realiza uma exposição geral e descritiva, diversamente de Dworkin, que elabora três descrições diferentes da Teoria do Direito, nas quais a denomina de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”. Veja-se:

Não me parece muito claro por que razão, ou mesmo de que modo, poderia haver qualquer conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes quanto minhas próprias concepções da teoria do direito e as de Dworkin. Assim, boa parte da obra de Dworkin, inclusive *O império do direito* é dedicada à elaboração dos méritos comparativos de três descrições diferentes da forma como o direito (“decisões políticas passadas”) justifica a coerção, produzindo assim três formas diferentes de teoria do direito, que ele denomina de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “o direito como integridade”. Tudo o que ele escreve sobre esses três tipos de teoria tem grande interesse e importância como contribuição a uma teoria do direito justificativa e avaliativa, e não me ocuparei aqui em refutar sua elaboração dessas ideias interpretativas, exceto na medida em que ele afirma que a teoria positivista do direito, como a que apresento neste livro, pode ser rerepresentada de maneira elucidativa como uma teoria interpretativa desse tipo. Esta última alegação é, a meu ver, equivocada, e exponho abaixo minhas razões para objetar a qualquer versão interpretativa de minha obra. (HART, 2009, p. 311-312)

Encaminhando-se rumo ao final deste capítulo, torna-se possível afirmar que o neoconstitucionalismo ultrapassou tão somente a faceta legalista-formalista exegética do positivismo do início do século XIX, permanecendo, dessa forma, inalteradas as demais.

Resta ao neoconstitucionalismo, portanto, apenas a sua terceira acepção como ideologia justificadora e defensora de um modelo que pretende realizar uma abordagem prescritiva do Direito, na sua interpretação e aplicação, diversa da abordagem descritiva realizada pelo positivismo jurídico de Kelsen e Hart.

Mesmo no ponto em que prega uma aproximação necessária entre o Direito e a Moral, o neoconstitucionalismo não conseguiu sair da sombra do positivismo jurídico. E a resposta para essa incapacidade é muito simples: a partir do debate entre Hart e Dworkin, o próprio Hart passou a admitir plenamente que a regra de reconhecimento estabeleça critérios formais e materiais para dizer o que é ou não é Direito, implicando que a validade da norma dependa de critérios morais quando o Direito assim o desejar, tratando-se de faculdade de validade, e não de critério obrigatório, como deseja o pós-positivismo.

Para Nino, o Direito é dependente da Moral tanto em sua legitimidade quanto em sua aplicação (1993, p. 40):

Ahora bien, y voy redondeando, siguiendo esto, cuando vemos o resolvemos o pretendemos haber resuelto estos dos problemas, el de la justificación y el de la interpretación, y vemos la dependencia del Derecho de la Moral en estas dos dimensiones, aparece lo que yo llamaría dos paradojas o situaciones de incomodidad: una es la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y otra es la paradoja de la indeterminación radical del Derecho.

No mesmo sentido é a lição de Atienza (2012, p. 158), ao dizer que a [...] “conexão necessária entre Direito e Moral é de grande importância se alguém pretende levar a sério a motivação – a argumentação – judicial; de outra forma, os juízes não poderiam justificar apropriadamente suas decisões”.

O ponto comum para o qual convergem as diversas concepções do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo é o estudo da interpretação e concretização da Ciência do Direito (CARNIO, 2013), sua dimensão prática, em detrimento da importância semântica conferida pelo positivismo, advindo com o giro linguístico hermenêutico, em que a linguagem não é um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto, mas condição essencial à compreensão.

Contudo a textura aberta (*open texture*) das normas jurídicas, marcadas pela imprecisão terminológica ou completez semântica (BUENO, 2010), não autoriza o intérprete, seja do ponto de vista jurídico-científico, seja do ponto de vista jurídico-político, a conferir o sentido que bem lhe aprouver. A lei é o ponto de partida e chegada, e isso não foi sequer revisitado pelo pós-positivismo.

Isso mostra que discutir teoria do Direito não é apenas um exercício de academicismo, de importância meramente acadêmica, literária ou doutrinária, mas uma necessidade concreta com profundas implicações na vida das pessoas. No caso narrado, a implicação foi com o Direito Constitucional de ir e vir, e amanhã, qual direito, bem ou interesse será sopesado?

Nessa senda, exige-se, na aplicação de qualquer modelo teórico, independentemente de que seja estrangeiro ou nacional, que sua concretização aconteça com o necessário rigor científico e precedida de profunda investigação de sua compatibilidade com a ordem jurídica que pretende interpretar, até mesmo para legitimar-se como pensamento verdadeiro ou falso a ponto de justificar, ou não, a sua utilização ao invés da de outro referencial teórico.

## 2.6 Como compatibilizar o Direito Civil-Constitucional com o Direito Civil? Qual caminho seguir?

Inicialmente, o conceito de constitucionalização do Direito Civil a que se refere este trabalho é o da eficácia expansiva dos valores e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico, na esteira do que prega Guastini (2009, p. 56):

La aplicación directa de la Constitución - junto com la concepción de la Constitución que ésta presupone - est otro elemento esencial de la constitucionalización del ordenamento. Conviene observar, por otra parte, que esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, porque lá aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.

Na visão de V. Silva (2008), a constitucionalização do Direito é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do Direito, com a necessária vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

De acordo com a doutrina da constitucionalização do Direito Civil, a irradiação dos valores e princípios constitucionais destrói a *summa divisio* público-privado, com repercussão direta na definição dos institutos e das categorias jurídicas, além de exigir do operador do Direito que a interpretação e a aplicação da norma sejam feitas à luz dos valores e princípios constitucionais, numa completa relação de dominação e subserviência, que tem no texto constitucional o ponto de partida e de chegada. Veja-se o que diz Moraes (1993, p. 29):

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.

Percebe-se que a autora propõe não só a leitura da legislação infraconstitucional à luz dos valores e princípios constitucionais, mas também o afastamento da técnica da subsunção, mesmo quando o caso puder ser resolvido satisfatoriamente pela norma inferior. Nesse contexto, os valores e os princípios constitucionais assumem a tarefa de conformar todo o sistema jurídico sob o aspecto formal, material e hermenêutico, autorizando um verdadeiro salto interpretativo, do plano legal para o constitucional.

No entendimento de Castro Júnior (2011, p. 64), “erigiu-se então um discurso cujas bases metodológicas consistem na dúplice tarefa de desprestigiar o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional”.

Por essa razão, Lôbo (1999, p. 108) aduz que “[...] os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos”.

A exigência material e metodológica da constitucionalização do Direito Civil não passa imune às críticas da doutrina<sup>28</sup>, como já frisado neste trabalho, apesar da ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial.

Na linha da constitucionalização do Direito, a aplicação corriqueira do Direito Civil-Constitucional reclama o emprego de uma “nova” metodologia constitucional com a utilização da técnica de sopesamento na resolução dos conflitos e a rejeição da técnica da subsunção, por não ser compatível com a estrutura dos princípios, dos valores, das cláusulas e conceitos jurídicos indeterminados.

A ideia é aplicar diretamente a Constituição, utilizando-se de técnicas próprias, como o sopesamento, que confere ao julgador amplo aspecto de liberdade funcional, que não é possível com a técnica da subsunção.

A técnica da subsunção foi desenvolvida para normas com estrutura de regras, na qual se tem a premissa maior, que é a lei, a premissa menor, que é o caso, e a sentença, que resolve o problema. Essa solução é encontrada a partir da realização de um silogismo prático. A vantagem do emprego desse método está na previsibilidade, na certeza e na segurança das decisões judiciais.

Ocorre, porém, que essa metodologia, na visão neoconstitucionalista, mostra-se insuficiente para interpretação e aplicação dos princípios e dos problemas constitucionais, o que tem proporcionado o surgimento da ponderação. Nesse sentido é o entendimento de Moreso (2009, p. 99-100):

La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente em determinar la norma individual que establece una certa consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de um caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona com esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce com el nombre de subsunción. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (em especial de principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe substituirse por otra operación denominada ponderación. Es más, suele considerarse que la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del constitucionalismo.

---

<sup>28</sup> Para uma análise ampla das principais objeções formuladas ao movimento civil constitucional, recomenda-se a leitura do artigo *Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional*, de Leal (2015), no qual o autor enumera as seguintes objeções: (i) o aumento de casos difíceis; (ii) a carência metodológica; (iii) a trivialização da dignidade humana; (iv) o excesso de paternalismo estatal; (v) o problema institucional: afinal as determinações legislativas vinculam?; e (vi) a expansão dos limites do Direito: por que separar o raciocínio jurídico do raciocínio moral?

Não há dúvidas de que o sistema jurídico deve conviver com o modelo de regras e princípios, por ser o modelo puro de regras insuficiente (ALEXY, 2008) para lidar com questões constitucionais, mas essa perspectiva não autoriza a dominação de um critério por outro a ponto de torná-lo critério geral de interpretação e aplicação do Direito, ou que se esteja diante de uma nova hermenêutica constitucional.

O que há, na verdade, são apenas diferenças meramente terminológicas, que procuram justificar a extrapolação indevida das funções-políticas, num claro movimento ideológico. É o vinho velho em odres novos (HORBACH, 2007).

A técnica da ponderação é, sem sombras de dúvidas, uma das características centrais do neoconstitucionalismo, e representa uma vitória desse movimento sobre o *juiz la bouche de Loi*, mas não sobre o positivismo jurídico contemporâneo. Essa percepção é muito importante e serve para ressaltar os graves problemas que a aplicação direta da Constituição tem causado nas relações privadas, apoiada em uma teoria jurídica que não é absolutamente nova.

Contudo, da forma como vem sendo rotineiramente utilizada tem servido mais para satisfazer os desejos pessoais do intérprete do que propriamente a vontade do legislador ou da lei, justificada a partir de um referencial teórico que não representa uma revolução da interpretação do texto constitucional e de uma visão pós-positivista que não conseguiu sequer estremecer as balizas centrais ou as diversas facetas do positivismo jurídico.

Isso pôde ser visto nos exemplos citados no trabalho de ativismos judiciais contrários à letra da lei, inclusive no âmbito penal, no qual a técnica da subsunção deveria invariavelmente prevalecer sobre a da ponderação.

A utilização indiscriminada da técnica da ponderação tem contribuído para a construção de um sistema normativo marcado pela ausência de segurança, certeza e previsibilidade jurídica, além de destruir o estatuto epistemológico do Direito Civil, que tem sido invadido e contaminado pela aplicação direta da Constituição, mesmo quando há norma no plano infralegal, fazendo “[...] com que o Direito Privado assumira culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não se coadunam com seus fins” (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 64).

Pode-se, portanto, sustentar que a constitucionalização do Direito Civil e seu subtema, a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, que têm seu epicentro nos países de língua alemã, têm sido empregados equivocadamente no Brasil, isso porque não deveriam ameaçar a autonomia do Direito Privado e a autonomia dos indivíduos (SILVA, V.,

2008). Há nesse aspecto um verdadeiro sincretismo metodológico, na esteira do que já foi desenvolvido no trabalho.

Com o emprego corriqueiro dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário tem se tornado o guardião moral da sociedade, no âmbito do qual as regras postas cedem lugar para um moralismo judicial acentuado pela incapacidade dos demais poderes de reagir a essa investida. Em verdade, a singularidade dos demais poderes, marcada pelo descrédito e pela incapacidade de resolver os graves problemas econômicos, sociais e políticos que assolam a sociedade, tem contribuído para a formação de um ambiente generalizado de incertezas e de um protagonismo judicial desmedido.

Enquanto os demais poderes não reagem a essa discricionariedade, cabe à doutrina apontar os erros e equívocos teóricos, filosóficos e metodológicos das decisões judiciais, dos estudos doutrinários e das pesquisas jurídicas.

Um erro insistentemente cometido por boa parte da doutrina brasileira, como já citado, e pelos Tribunais Superiores (STF e STJ) consiste justamente em desobedecer à premissa básica de que decidir por princípios (ponderação) é atividade extraordinária - para utilizar a expressão de Oliveira (2018) - e eventual, quando a aplicação da regra se mostrar extremamente injusta ou incapaz de resolver satisfatoriamente o conflito.

Essa advertência serve para deixar claro que a ponderação não é critério geral de aplicação do Direito. É da subsunção que se deve valer o intérprete do Direito para julgar os casos cotidianos, que são regulados por regras.

E mesmo quando esteja autorizado, no caso de hipótese eventual e extraordinária - como quando a lei autorize ou o disciplinamento legal tenha sido insuficiente - a utilizar a ponderação, o julgador “[...] tem como base não somente a exigência elementar de respeito ao teor literal do texto constitucional e à vontade do legislador, mas sobretudo também à força dos precedentes [...]” (ALEXY, 2008, p. 179).

Ao se decidir pela ponderação, a ausência de uma metodologia clara não é carta branca para se saltar da legalidade e aplicar a Constituição, violar a separação dos poderes e as características essenciais da epistemologia dos demais ramos jurídicos. Quando a legislação infraconstitucional conceitua um instituto jurídico, estabelece a sua natureza ou as suas características, o faz com base na tradição do *civil law*, que não pode simplesmente ser desprezada com o emprego de movimento impreciso, genérico e que tem suas premissas básicas contestadas e rejeitadas pela maioria da doutrina estrangeira e grande parte da doutrina brasileira.

Como bem ressalta Rodrigues Junior (2011, p. 44), “[...] a racionalidade, a estrutura e os princípios da tradição de *civil law*, em geral, e do Direito Civil, em particular, são tributários dessa notável influência franco-germânica” (grifo do autor).

Em razão disso, é chegado o momento de se entender que a solução dos principais questionamentos apresentados pelo EPD deve respeitar a estrutura e os princípios tradicionais do Direito Civil, o postulado da subsunção, da segurança e da previsibilidade jurídicas. E quando o operador do Direito estiver diante de uma discricionariedade judicial, sendo levado a decidir por princípios, não está autorizado a criar soluções que ofendam o estatuto epistemológico do Direito Civil, ainda que seja para atender a uma norma principiológica.

### **3 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD) E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (EPD – LEI N. 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015): UMA ANÁLISE DE SUA HIERARQUIA JURÍDICA**

Não há dúvidas de que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, na forma procedimental do § 3º do artigo 5º da CF/88, em vigor no plano interno a partir do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, possui status de Emenda Constitucional - status de norma constitucional - e constitui parte integrante do bloco de constitucionalidade<sup>29</sup>, que pode ser entendido “como o

---

<sup>29</sup> No Brasil, a doutrina ainda adota o conceito restrito de bloco de constitucionalidade como parâmetro de controle de constitucionalidade, no que é seguida pelo Supremo Tribunal Federal. Entende-se, pois, por bloco de constitucionalidade o conjunto de normas e princípios extraídos da Constituição, que serve de paradigma para o Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade das leis (BULOS, 2006). Contudo, com a inserção do § 3º no artigo 5º da CF/88, essa posição deve sofrer modificação. Para Sarlet (2011, p. 168), “[...] com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional (sem prejuízo da inclusão de direito constitucional apenas em sentido material, como é o caso do costume constitucional) [...]”. Por isso que Fernandes (2018) entende que devem ser incluídos no Bloco os

conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional” (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 83).

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada de “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência”, mas também conhecida pelo *nomen iuris* de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), estabelece no parágrafo único do artigo 1º que seu fundamento é a própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada juntamente com o seu Protocolo Facultativo em Nova Iorque (EUA), em 30 de março de 2007, que, por sua vez, é um reflexo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque).

Percebe-se que a Convenção goza de status constitucional por expressa disposição constitucional, o que implica dizer que faz parte do bloco de constitucionalidade e pode ser utilizada como parâmetro do controle de convencionalidade, “a partir do qual se exige que juízes e outras autoridades dos países membros do SIDH deixem de aplicar a norma nacional contrária CADH e à interpretação que a CortelDH faz dela” (LOPES; CHEHAB, 2016, p. 88).

O mesmo, porém, não se pode dizer em relação ao EPD, que, formalmente, não foi aprovado nos moldes do procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88. Do ponto de vista eminentemente formal, foi aprovado como lei ordinária, com a mesma hierarquia jurídica do CC/2002 e do CPC/2015, por exemplo. Contudo, por atuar a mando expresso da CDPD, segundo o parágrafo único do artigo 1º, e por ser importante instrumento legal de promoção e proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, não pode ser atingido por normas ordinárias, sob pena de violação reflexa da CDPD.

Como se sabe, o EPD foi publicado em 6/7/2015, posteriormente ao CPC/2015, que chegou ao conhecimento público em 16/3/2015, antes da publicação oficial do EPD. No entanto, o CPC só entrou em vigência em 16/3/2016, após o EPD, que passou a produzir efeitos no mundo fático 180 dias após sua publicação oficial, mais precisamente no dia 3/1/2016.

Antes da publicação do EPD, o CPC/2015 revogou os artigos 1.768 a 1.773 do CC/2002. Contudo, apesar de ter sido precedente ao EPD, seu período de *vacatio legis* foi superior ao daquele, e, antes mesmo de entrar em vigor, teve os citados artigos novamente alterados pelo EPD - dessa feita em 6/7/2015 -, com vigência em 3/1/2016.

Diante desse atropelo legislativo, é preciso saber qual alteração deve prevalecer,

---

TIDH que passaram pelo procedimento do artigo 5º, § 3º, da CF, e que vão entrar no ordenamento jurídico ocupando posição equivalente às Emendas Constitucionais (portanto, como normas constitucionais).

se as alterações promovidas pelo EPD, com vigência em 3/1/2016, ou as alterações promovidas pelo CPC/2015, com vigência posterior à do EPD, em 6/3/2016.

É preciso perquirir, pois, se há “necessidade de uma nova norma para apontar qual das duas regras prevalecerá, se a do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a do Estatuto Processual emergente”, como entende Tartuce (2016b, p. 475), ou “se os valores protetivos da pessoa carreados pelo Estatuto, em total correspondência à convenção” (MENEZES, 2015, p. 19), devem pautar a solução adequada para esse conflito.

Antes, porém, faz-se necessário estudar o status jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil e a sua relação com o § 3º do artigo 5º da CF/88, assim como a posição atual do entendimento do STF sobre o tema em análise, para, no segundo momento, analisar-se o status jurídico da CDPD e a problemática envolvendo o EPD e o CPC/2015.

### **3.1 O status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**

O § 3º do artigo 5º da CF/88, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que cuidou da reforma do Poder Judiciário, estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Essa previsão veio se juntar à do § 2º também do artigo 5º, consagrando expressamente a abertura material dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro (SARLET, 2011).

Na linha de raciocínio de Gomes e Winter (2014), antes mesmo da EC/04, os tratados de direitos humanos, formal e materialmente, já apresentavam grau de hierarquia constitucional, por força do § 2º do artigo 5º da CF/88, cujo entendimento restou consolidado com a inclusão do § 3º no artigo 5º. Esse pensamento, contudo, não representa o entendimento dominante, tendo em vista que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) passou a disponibilizar três hipóteses sobre a recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, como será trabalhado mais à frente.

Não se pretende discutir os diversos questionamentos produzidos em torno dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo regime jurídico brasileiro, mas

somente analisar aspectos que sejam pertinentes ao tema do trabalho<sup>30</sup> e que possam levar à sistematização e sedimentação das ideias aqui desenvolvidas.

Sarlet (2011) também deixa claro que seu objetivo é o de contribuir de algum modo para alguma sistematização e sedimentação do debate, que ainda se encontra em fase embrionária, apesar de todos os avanços.

Por partilhar do mesmo objetivo, o autor deste trabalho resolveu seguir a mesma linha de raciocínio de sistematização e sedimentação do debate, sem a pretensão de esgotar o assunto ou repudiar a doutrina que tem utilizado os clássicos critérios de solução de antinomia para resolver o conflito entre o CPC/2015 e o EPD, mas assumindo o ônus argumentativo de estudar o status jurídico dos tratados internacionais comuns e dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e o atual entendimento do STF sobre a matéria, finalizando com a posição jurídica que o EPD deve ocupar no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em face do CPC/2015, que alterou artigos do CC/2002 que haviam sido alterados pelo EPD.

Esse desenvolvimento supre satisfatoriamente os objetivos do trabalho<sup>31</sup> e serve de ponte para o desenvolvimento do tópico que pretende estudar o status jurídico do EPD no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo dos tratados internacionais em sentido amplo (comuns ou que versem sobre direitos humanos) reclama uma análise da doutrina de Mazzuoli (2013) e do atual entendimento do STF acerca do tema, isso porque, nas palavras de Gomes no prefácio da obra *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, Mazzuoli é hoje, no Brasil, sem sombra de dúvida, o internacionalista mais atualizado e mais produtivo.

### *3.1.1 A posição de Mazzuoli acerca dos tratados internacionais de direitos humanos e dos que não versam sobre direitos humanos (que são chamados de comuns)*

---

<sup>30</sup> A doutrina aponta diversos questionamentos acerca do tema tratados internacionais comuns e de direitos humanos, abrangendo a discussão em torno do regime jurídico dos tratados anteriores, o caráter facultativo ou cogente do processo de incorporação, a hierarquia dos tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, a possibilidade de os tratados em matéria de direitos humanos integrarem o bloco de constitucionalidade e assumirem a condição de cláusulas pétreas, a possibilidade de denúncia do tratado por parte do Brasil e a dependência ou não dessa decisão de aprovação prévia do Congresso Nacional (tema que ainda se encontra à espera de decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI] n. 1.625), e a questão da hierarquia entre o tratado incorporado e o texto constitucional originário, entre outros temas (MAZZUOLI, 2013).

<sup>31</sup> Destaque-se, entretanto, que isso não impede que o autor exponha informações relevantes e adequadas que permitam ao leitor alcançar uma visão horizontal e vertical dos diversos questionamentos doutrinários sobre o assunto, e, sempre que possível, essas informações adicionais serão ventiladas em nota de rodapé.

Segundo Mazzuoli (2013), todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, independentemente do quórum de aprovação, têm status de norma constitucional, com hierarquia somente material, ou equivalência de emenda constitucional, com hierarquia material e formal. Isso implica dizer que, tendo conteúdo de direitos humanos, os tratados internacionais apresentam, no mínimo, status constitucional.

Decorrência lógica desse raciocínio desenvolvido pelo autor (MAZZUOLI, 2013), é que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso).

O controle de convencionalidade das leis por via de ação (controle concentrado) será possível quando os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil tiverem sido aprovados de acordo com o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88, hipótese na qual serão equivalentes às emendas constitucionais. Quando não foram aprovados com essa sistemática, os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil no plano interno serão paradigma do controle pela via de exceção (controle difuso), por força § 2º do artigo 5º da mesma Carta.

Os tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos apresentam status de supralegalidade, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária, o que significa dizer que são paradigma do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais.

A partir da doutrina de Mazzuoli (2013), existem quatro modalidades de controle, para além do clássico controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público. Assim, tem-se: (a) o controle de legalidade; (b) o de supralegalidade; (c) o de convencionalidade; (d) e o de constitucionalidade.

O controle de legalidade é o exercido na relação de controle entre o decreto e a lei doméstica, tendo por parâmetro a própria Constituição. O controle de constitucionalidade é o processo de fiscalização de compatibilidade formal e material das leis e atos normativos do Poder Público<sup>32</sup> com a Constituição Federal e Estadual. O controle de convencionalidade é o exercido em relação aos tratados de direitos humanos e o controle de supralegalidade, em relação aos tratados comuns. Nas duas últimas situações (controle de convencionalidade e

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, conferir Barroso (2004).

supralegalidade), o parâmetro é o tratado internacional, seja de direitos humanos, para o controle de convencionalidade, seja comum, para o controle de supralegalidade.

Em conclusão, observa-se, na visão de Mazzuoli (2013, p. 82), o seguinte:

Isso tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados e em vigor no Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. A compatibilidades das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns).

Apesar de bem estruturada, o STF não adotou a tese do controle da supralegalidade e da convencionalidade nos moldes em que foi desenvolvida por Mazzuoli. Passa-se, pois, a estudar as diversas posições do STF acerca dos tratados internacionais de direitos humanos e comuns.

### *3.1.2 A posição do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos e dos que não versam sobre direitos humanos (que são chamados de comuns)*

A posição inicial do STF acerca do status normativo dos TIDH e dos Tratados Internacionais comuns era no sentido de que eles gozavam da mesma hierarquia jurídica da legislação infraconstitucional. Esse entendimento é de 1977 e foi confirmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, no mesmo ano. Piovesan (2009, p. 131) é firme ao destacar que:

Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível.

Apesar de o julgado em questão ser anterior à CF/88, o STF, em 22/11/1995, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131/RJ, voltou a confirmar a tese de que o TI não revoga a legislação interna em sentido contrário. O caso envolveu a aplicação do artigo 7º, VII, do Pacto de São José da Costa Rica, que proíbe a prisão civil por dívida do depositário infiel.

Contudo, após a Reforma do Poder Judiciário, que se deu com a EC n. 45/2004, foi introduzido o § 3º no artigo 5º da CF/88, dando ensejo à abertura da discussão acerca do real enquadramento jurídico dos tratados internacionais na atualidade, sejam de direitos humanos ou comuns.

Em razão disso, no julgamento do Habeas Corpus n. 87.585/TO e do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, o STF alterou<sup>33</sup> sua jurisprudência para reconhecer que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88, acrescentado pela EC n. 45/2004, têm eficácia supralegal, ou seja, valem mais que a lei ordinária e menos que a Constituição. Estão situados, portanto, como bem define Carvalho (2015), em uma posição imaginária entre a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais.

Nesse julgamento, o STF entendeu que somente é possível a prisão civil do devedor voluntário de prestação alimentícia, na esteira do que preconiza a parte inicial do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88: “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; [...]”.

A prisão civil do depositário infiel não é mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, qualquer que seja a modalidade de depósito, em razão do Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 7º, § 7º, prevê que “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados da autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Esse julgamento ocorreu no final de 2008, e duas correntes pretendiam a primazia do entendimento acerca do status dos tratados e convenções internacionais que versassem sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira corrente, defendida pelo ministro Mello, entendia que eles possuem valor constitucional. A segunda, encabeçada por Mendes, defendeu o status supralegal desses tratados. Acabou prevalecendo a tese da supralegalidade, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional.

---

<sup>33</sup> Antes desse julgamento, o STF entendia que os tratados internacionais ocupavam a mesma hierarquia jurídica das leis ordinárias, o que tornava possível a prisão civil do depositário infiel, em detrimento da vedação constante do artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica, que proibia a prisão civil por dívida, exceto no tocante à obrigação alimentar (MARMELSTEIN, 2014). Esse entendimento foi adotado em 23/11/1995, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131-1, oriundo do Rio de Janeiro, no Habeas Corpus n. 76.561-SP, e na ADI n. 1.497-DF, e só foi alterado em 03/12/2008, no julgamento do Habeas Corpus n. 87.585/TO e do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, nos quais o STF reconheceu que os tratados de direitos humanos estão acima da lei e abaixo da Constituição, passando a adotar a tese da supralegalidade há muito defendida pela doutrina brasileira.

Em seu voto, Mendes<sup>34</sup> destacou que o § 2º do artigo 5º da CF/88 deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial, no direito interno e no direito comparado, sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, oportunizando o surgimento de quatro correntes doutrinárias: (a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; (b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; (c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária desse tipo de documento internacional; (d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Ao final, concluiu que:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

O ministro Mello<sup>35</sup>, por sua vez, defendeu a tese de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados em vigor na ordem jurídica brasileira possuem status de norma constitucional. Veja-se:

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais: (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); (2) tratados internacionais de direitos

---

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **Repercussão Geral – Mérito Dje-104** Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-06 PP-01106 RTJ Vol-00210-02 Pp-00745 Rdectrab V. 17, N. 186, 2010, P. 29-165. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: **Repercussão Geral – Mérito Dje-104** Divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-06 PP-01106 RTJ Vol-00210-02 Pp-00745 Rdectrab V. 17, N. 186, 2010, P. 29-165. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 set. 2018.

humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3 do art. 5º da Constituição) ; e (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados" ).

Em decorrência disso e do entendimento de Mendes, em 23/12/2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante n. 25, entendendo que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”, confirmando a tese da suprallegalidade dos TIDH e a revogação da legislação infraconstitucional que permitia a prisão civil, como era o caso da alienação fiduciária em garantia, que tem fundamento no artigo 1.361 do Código Civil e na Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, com redação alterada pelo Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969.

Segundo o artigo 66 do referido Decreto-Lei,

[...] a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Com base nesse artigo, o STF editou a Súmula n. 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.”. Contudo, em razão do entendimento consolidado no RE n. 466.343, a cancelou.

Diverso da posição adotada pelo STF é o entendimento de Piovesan (2014, p. 162), para quem:

[...] o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º apresentam hierarquia de norma constitucional e são incorporados automaticamente, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional, não sendo incorporados de forma automática pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Essa discussão, porém, perdeu um pouco a importância com a previsão do § 3º do artigo 5º da CF/88, a partir do qual a Constituição estabelece expressamente que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso

Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Antes dessa alteração, Rezek (2008, p. 102) sustentava que a maioria do STF era pouco receptiva à ideia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional, porque:

Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a Carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no quórum simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então - o que parece impalatável - até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais.

Em razão disso, o debate que ainda resta se encontra limitado aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC n. 45/2004<sup>36</sup>. Doravante, se os tratados forem aprovados nos moldes previstos pela Constituição, gozarão, por expressa disposição, do status de emenda constitucional, caso contrário, passarão a ter status normativo supralegal.

Daí ser pertinente a observação feita por Rezek (2008) no sentido de saber qual o status de algum direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte e que já não se encontre no rol do artigo 5º da CF/88 e seja anterior à EC n. 45/2004. Apesar de não se aprofundar nesse aspecto, sustenta que esse tratado será elevado à categoria dos tratados de nível constitucional, a exemplo do que aconteceu com o Código Tributário Nacional, promulgado a seu tempo como lei ordinária, mas alçado à categoria de lei complementar com a promulgação da Constituição.

Barbosa-Fohrmann e Leba (2012) explicam que o rol do artigo 5º da CF/88 é aberto em razão do § 2º e, por isso mesmo, os direitos humanos previstos nos tratados internacionais também deveriam ser recepcionados com a mesma hierarquia dos direitos previstos na própria Constituição, mas não foi isso que ocorreu, tendo em que vista que, após essa previsão, duas correntes, já citadas, formaram-se no âmbito do SFT, com resolução parcial desse assunto após o acréscimo do § 3º ao artigo 5º.

Ferreira e Mezzaroba (2018) explicam que, por força da EC n. 45/2004, incrementou-se no Brasil abertura para os direitos e as garantias vigentes no cenário

---

<sup>36</sup> Para Carvalho (2015), os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e os comuns (aqueles que versam sobre temas alheios aos direitos humanos) anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, e os que não se submeteram às formalidades para aprovação, também se submetem ao controle de convencionalidade, em virtude da previsão do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito do Trabalho, de 1960, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

internacional, para se afirmar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos e para submeter o País à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Além disso, continuam os autores (p. 157-158):

Não por outra razão, o Brasil filiou-se ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, cujo marco de maior relevância é a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. No momento em que o País se tornou “parte” naquele tratado internacional, esse diploma normativo internacional se integrou ao ordenamento nacional, conforme o art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Observa-se que o texto constitucional se abre para o mundo, afirmando que aquilo ali contido não exclui direitos e garantias individuais previstos em tratados internacionais. Esse princípio tão somente pode significar ampliação da abrangência da normatividade constitucional pela sua potencialização, chamando para seu universo os direitos contidos nos acordos internacionais. [...] Tem-se, portanto, a incidência normativa em território pátrio do bloco de convencionalidade<sup>5</sup> do sistema regional interamericano, cumprindo-se, em parte, a promessa internacionalista da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O *controle de convencionalidade* definido como a “sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos” (GUERRA; MOREIRA, 2017, p. 69), resultado da referida incidência [...].

Isso porque as atenções se voltaram para o estudo do status normativo dos tratados de direitos humanos promulgados anteriormente à EC n. 45/2004. Será que a referida emenda constitucional pretendeu dar-lhes força constitucional? Será que eles foram promovidos à categoria de emenda constitucional? (MARMELSTEIN, 2014).

Novamente, duas correntes se formaram em torno desse assunto. Não há decisão definitiva do STF sobre isso, ainda.

A primeira, defendida por Mendes, entende, na linha do modelo alemão, que os tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo de supralegalidade, com força capaz de revogar a legislação infraconstitucional em conflito com eles, inferiores apenas à Constituição.

Em sentido diverso do entendimento de Mendes, tem-se a posição de Mello. Segundo esse ministro, e na linha do entendimento de Piovesan (2009) e de Sarlet (2011), os tratados internacionais de direitos humanos já incorporados ao Direito brasileiro possuem o mesmo status das normas constitucionais.

Por fim, quanto aos tratados internacionais comuns, aqueles que não versam sobre direitos humanos, o STF adota, desde 1977, posição diversa da de Mazzuoli e Piovesan, para se mencionar apenas dois doutrinadores, ao entender que os tratados ocupam uma posição de paridade com as leis ordinárias, o que significa dizer que uma lei posterior poderia revogar um tratado anterior que lhe fosse contrário.

Esse entendimento tem como precedente o Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, julgado em 1º de junho de 1977, tendo restado assentada a premissa de que o conflito entre um tratado e uma lei posterior deve ser resolvido com os critérios clássicos utilizados na solução de antinomias jurídicas.

O caso envolvia o conflito normativo entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, e o posterior Decreto-Lei n. 427, de 22 de janeiro de 1969. A discussão residia em saber da validade ou não da obrigatoriedade de existência de aval apostado na nota promissória não registrada no prazo legal, cuja exigência não constava no texto da norma internacional, mas somente na legislação ordinária brasileira.

Esse entendimento voltou a ser confirmado no julgamento do Habeas Corpus n. 77.631-SC<sup>37</sup>. Portanto, quanto aos tratados internacionais comuns, não houve qualquer alteração na jurisprudência do STF, antes ou depois da EC n. 45/2004.

Em suma, atualmente, de acordo com o entendimento capitaneado por Mendes, a posição do STF acerca dos tratados internacionais (TI) é a seguinte (FERNANDES, 2018):

(a) TIDH (conforme o artigo 5º, § 3º, da CF/88): norma constitucional.

(b) TIDH (não conforme o artigo 5º, § 3º, da CF/88): norma supralegal. Esse entendimento vale tanto para os TIDH aprovados anteriormente à EC n. 45/2004 como para os aprovados posteriormente.

(c) TI que não é de direitos humanos: mesmo patamar jurídico da legislação federal, sujeito ao princípio de que lei posterior revoga a anterior com ela incompatível.

### **3.2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)**

Trata-se do único tratado internacional de direitos humanos inserido com força de emenda constitucional no ordenamento jurídico brasileiro (TARTUCE, 2016b). Segundo Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 18), “Possui a lei em exame, pois, o ‘status’ de emenda constitucional, assumindo, em consequência, a primazia que lhe é inerente no topo da pirâmide legislativa nacional.”.

Acerca da equivalência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência às emendas constitucionais, veja-se o entendimento de Sales e Sarlet (2016, p. 136):

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 77.631/SC. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 03/08/1998. Publicação: DJ 158-E 19/08/1998, Seção I, p. 35.

Essa convenção e seu protocolo facultativo foram aprovados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto legislativo n. 186 de 2008 em conformidade com o disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF e goza de equivalência às emendas constitucionais, formando junto com a carta constitucional e com a Lei 13.146/2015 – Estatuto da pessoa com deficiência, o que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade.

Veja-se que os citados autores entendem que não só a Convenção, mas o próprio Estatuto, fazem parte do bloco de constitucionalidade, gozando, obviamente, de hierarquia jurídica superior ao CPC/2015.

Nas palavras de Menezes (2016, p. 512):

Como referido, a Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada pelo Brasil com o *status* de norma constitucional. Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, cujos princípios cardiais são o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima” e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades. (Grifos do autor)

Fidelis (2016, p. 663) destaca o status de norma constitucional da Convenção e a extensão da dignidade da pessoa humana como direito de todos, deficientes ou não:

Sem nenhuma dúvida, tanto a LBI quanto a citada Convenção (que pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem força de emenda constitucional), revolucionarão sobremaneira a sociedade brasileira, enquanto defendem e exaltam o reconhecimento da dignidade da pessoa, direito inerente ao ser humano, e que deve ser estendido [*sic*] a todos, independentemente de ter ou não qualquer deficiência.

Ensinam Silva, Leitão e Dias (2016, p. 17) que:

A Convenção surge como resultado da patente necessidade de garantir o respeito, a integridade, a dignidade e a liberdade das pessoas com deficiência. Por meio dela, defende-se a criação de leis, políticas e programas que atendam ao público deficiente dentro de suas características, promovendo a sua participação na sociedade e a sensibilização dos demais membros da sociedade para o processo de inclusão.

A doutrina encampada pela Convenção, nesse contexto, expressa a repersonalização ou despatrimonialização do direito privado, a exigir do civilista um repensar comprometido com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da igualdade material, da dignidade-igualdade ou dignidade-inclusão. O artigo 1º da Convenção estabelece que “o propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Não há meios de se fugir dessa dupla mudança de paradigmas. O Direito Civil, outrora reinante na disciplina das relações privadas, agora tem seu espaço ocupado pelo Direito Civil-Constitucional, exigindo a mais completa submissão das relações privadas<sup>38</sup> às Constituições e aos tratados internacionais de direitos humanos, cabendo ao intérprete, por conseguinte, a árdua tarefa de conciliar os diversos interesses privados que gozam de mesma hierarquia e proteção.

Além de se submeterem a essa nova perspectiva civil-constitucional, as relações privadas e públicas também devem obediência ao controle de convencionalidade, que exige a compatibilidade vertical das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no País, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

A preocupação com o ser humano não implica a desproteção do direito à propriedade privada, até porque a Constituição Federal também garante a proteção da propriedade como direito igualmente fundamental, inclusive. Essa preocupação representa uma perspectiva bem mais ampla e impõe que a dogmática civilista seja iluminada pelos princípios constitucionais do desenvolvimento de uma tutela destinada a proteger o indivíduo contra as investidas indevidas do Estado e dos próprios particulares (TEPEDINO, 2008), sem descuidar, entretanto, da segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito.

Como consequência direta desse fenômeno tem-se que:

O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. (FACCHINI NETO, 2010, p. 53, grifo do autor)

No século XX, especialmente após as profundas mudanças ocorridas no sistema jurídico alemão, com a vigência da Lei Fundamental de 1949, e a guinada valorativa levada a cabo pelo Tribunal Constitucional do país, e no sistema italiano, com a Constituição de 1947 e o funcionamento da Corte Constitucional, que se iniciou em 1956, a Constituição passou a ocupar lugar de destaque no sistema jurídico, tendo como vetores interpretativos o princípio da dignidade da pessoa humana e o modelo social de abordagem da deficiência, do *in dubio pro capacitas* e da intervenção mínima. Na precisa doutrina de Sarmento (2009, p. 34):

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte

---

<sup>38</sup> Em verdade, atualmente é quase imperceptível a fronteira entre o público e o privado, passando a Constituição a ser uma ordem jurídica fundamental da comunidade pública e privada (CUNHA JÚNIOR, 2012).

principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser presença marcante nos textos e documentos jurídicos nacionais e internacionais, enaltecendo não só a preocupação com o ser humano, mas também se consolidando como importante instrumento catalizador dos mais variados interesses, valores e objetivos almejados pelas constituições democráticas. Essa é uma tendência contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos (PEREIRA; LARA; ANDRADE, 2018).

Segundo Barroso (2014, p. 19-20):

Apesar de sua relativa proeminência na história das ideias, foi apenas na segunda década do século XX que a dignidade humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, começando com a Constituição do México (1917) e com a Constituição alemã da República de Weimar (1919).

É por essa razão que Piovesan (2006, p. 135) assevera que “[...] o pós-guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana, eis que o nazismo operou a barbárie no marco da legalidade”.

Antes dessa guinada, porém, de acordo com Tavares (2009, p. 18), “todas as atenções ainda convergiam para o Direito Privado, mais precisamente em seu ramo do Direito Civil”, ocupando o Código Civil lugar de destaque no ordenamento jurídico. Atualmente, contudo, no entendimento de Perlingieri (2007, p. 6), “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora”, que passou a ser ocupada pelas constituições democráticas.

Daí a necessidade de o CC/2002 regular seus institutos à luz dos princípios constitucionais e da cláusula geral de tutela da pessoa. Mas como a teoria da incapacidade civil não estava em sintonia com a dignidade-igualdade ou dignidade-inclusão, o Brasil incorporou a CDPD, que redefiniu o conceito de deficiência, que passou a ser analisada do ponto de vista social, e não mais com base no conceito médico e nos princípios do *in dubio pro capacitas* e da intervenção mínima. No modelo da dignidade-inclusão, a deficiência deve ser entendida como um problema criado pela sociedade, e não uma limitação ou condição do próprio indivíduo (ANDRADE; BUBLITZ, 2016, p. 716).

Bandeira (2016) destaca que o incapaz não exercitava os direitos da personalidade em razão do próprio Direito Civil tradicional, cuja proteção o impedia de exercer pessoalmente os atos patrimoniais e os não patrimoniais (existenciais).

No mesmo sentido, Xavier (2016) conclui que o CC/2002, embora tenha aprimorado a linguagem para descrever as hipóteses de incapacidade, não promoveu mudança substancial no tratamento das pessoas com deficiência, cuja alteração só ocorreu com a edição do CDPD.

Apesar de ser posterior à CF/88, o que lhe impõe submissão axiológica e material, o Código Civil de 2002 persistia na regulamentação desse assunto (da teoria geral da incapacidade) à luz de um sistema patrimonialista e abstrato, voltado mais à tutela de questões patrimoniais que propriamente de questões existenciais, isso porque tratava a deficiência como um problema pessoal do indivíduo, como se ele fosse culpado por sua condição.

Como bem esclarece Fachin (2006, p. 57), “a codificação civil brasileira sempre tomou para si o lugar jurídico do governo das relações privadas sob o influxo do patrimônio como noção nuclear”.

Não se está a dizer que o CC/2002 não cuidou das questões existenciais. O que se afirma é que o atual regime privado, que tem o Código Civil como expoente maior, pouco se ateu ao pleno desenvolvimento e reconhecimento da autonomia das pessoas com deficiência psíquica e intelectual, à sua autodeterminação, embora os valores constitucionais já orientassem uma mudança de postura.

Em verdade, o CC/2002 ainda tratava a pessoa com deficiência como um doente, que necessitava da tutela do Estado para exercer seus direitos. Com a visão da CDPD, a deficiência não é uma limitação mental ou psíquica pessoal, analisada exclusivamente do ponto de vista médico, mas decorrente de variados fatores, que afetam a vida e o desenvolvimento dessas pessoas. As limitações não estão somente no indivíduo. Decorrem, sobretudo, das limitações sociais, físicas e culturais.

Fala-se, pois, em manifesta dissintonia entre o CC/2002 e a CF/88, isso porque a CF/88 conferiu supremacia a questões existenciais em detrimento de questões patrimoniais (MORAES, 2010), mas o CC/2002 persistiu na regulamentação da teoria geral das incapacidades à luz de um sistema suprimido pela ordem jurídica inaugurada em 5 de outubro de 1988, que não conferiu às pessoas com deficiência psíquica e intelectual o pleno reconhecimento de sua autonomia, algo já atribuído pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo enfoque social da deficiência.

Quer-se dizer com isso que o CC/2002 não reconheceu o direito à autodeterminação do indivíduo deficiente como pessoa autônoma que define as regras que vão reger sua vida (DINIZ, 2016). A CDPD visa, justamente, dissipar a arraigada concepção

de que a pessoa com deficiência tem valor menor que as demais (MENEZES, 2016), adotando para tanto um conceito social de deficiência.

Um exemplo dessa preocupação é a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência, também chamada de EPD, que tem por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do artigo 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.º 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

### **3.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) e o Código de Processo Civil de 2015**

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) pela Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, também chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, houve substancial e profunda alteração no regime jurídico das pessoas com deficiência, em razão da substituição da doutrina da dignidade-vulnerabilidade do regime anterior pela concepção kantiana de dignidade-igualdade ou de dignidade-inclusão (TARTUCE, 2016b).

Essa alteração concedeu ao deficiente plena liberdade para praticar todos os atos relacionados aos direitos existenciais, como prevê o artigo 6º do EPD. Apesar de amplamente aplaudida pela doutrina, essa mudança não está imune a críticas, a ponto de surgirem duas correntes civilistas pronunciando-se acerca das vantagens ou não das modificações (VIEGAS, 2016, p. 13):

Diante da evidência de que a pessoa com deficiência é plenamente capaz, surgiram dois posicionamentos da doutrina civilista: o primeiro – o *[sic]* qual se filia José Fernando Simão e Vitor Kümpel, – condena as modificações sobrevindas do Estatuto, ao argumento de que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente, por sua vez, liderada por Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – concorda com as alterações, defendendo a tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.

Apesar das críticas e da proposta de retorno à incapacidade da pessoa com deficiência<sup>39</sup>, o EPD aperfeiçoa o sistema de proteção das pessoas nessa condição, que não podem ser afastadas completamente da vida civil, sob a proteção genérica do rótulo da incapacidade. Nem sempre a incapacidade suprime completamente da pessoa o discernimento e a autonomia para conduzir seus próprios atos. Há pessoas que, apesar das limitações mentais ou intelectuais, conseguem exprimir sua vontade, e por isso mesmo não podem ser consideradas incapazes e colocadas sob a proteção de outrem. O EPD pretende, justamente, conciliar a nova visão internacional de proteção dos direitos humanos com os institutos de proteção dos incapazes previstos na legislação interna de cada país.

Foi essa visão, amparada no modelo médico de abordagem à deficiência, que o EPD tentou estabelecer, com a substituição daquele modelo pelo modelo social de inclusão, ao afirmar que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, guinada que alterou substancialmente os artigos 3º e 4º, incisos II e II, 228, 1.518, 1.548, inciso I, 1.550, 1.557, 1.767, incisos I, II e IV, 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772, todos do CC/2002, entre outros.

Ocorre, porém, que concomitante ao Estatuto, o novo CPC/2015 também alterou os artigos 1.768 a 1.773, que tratam da curatela. Embora o EPD tenha sido sancionado após o novo CPC/2015, entrou em vigor em 3/1/2016, antes do diploma civilista em comento, que só entrou em vigência em 16/3/2016, em razão do maior espaço de *vacatio legis*, não cuidou, contudo, expressamente, da revogação total ou parcial dos artigos 1.768<sup>40</sup>, 1.769<sup>41</sup>, 1.771<sup>42</sup> e 1772<sup>43</sup>, todos do CC/2002, que já haviam sido revogados pelo CPC/15.

---

<sup>39</sup> O PLS n. 757/2015, entre outras propostas, “pretende promover uma repriminção imprópria aos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002” (COPETTI NETO; SILVA, 2018, p. 97), sob o argumento de que as alterações promovidas pelo EPD trouxeram mais prejuízos do que benefícios aos incapazes.

<sup>40</sup> Na redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo Cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público.”. Posteriormente, esse artigo foi revogado pelo artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte redação: “Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público.”. Contudo, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha sido publicado após o CPC/2005, entrou em vigor depois dele, trazendo nova redação aos artigos 1.768 do CC/2002 e 747 do CPC/2015, ao estabelecer que o processo que define os termos da curatela deve ser promovido pela própria pessoa.

<sup>41</sup> Na redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá a interdição: I – em caso de doença grave; II – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente; III – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.”. Posteriormente, esse artigo foi revogado pelo artigo 748 do Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte redação: “Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.”. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência manteve a disposição do Código Civil, que havia sido revogada pelo

Em razão desse quadro, torna-se imprescindível saber qual parâmetro deve ser adotado e a sua relevância para o deslinde adequado, se o da publicação ou o do início de sua vigência, para, em seguida, verificar se se mostra adequada a utilização dos critérios desenvolvidos por Bobbio (2014) em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* para solução dessa antinomia.

Na esteira da visão de Bobbio (2014, p. 84), “se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas”. Resta, pois, saber se consiste realmente em antinomia jurídica, e se pode ser adequadamente solucionada com os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade desenvolvidos por Bobbio (2014).

De acordo com a doutrina de Daneluzzi e Mathias (2016, p. 61), a questão deve ser resolvida sob o prisma de que normas processuais podem ser revogadas por normas processuais posteriores, é dizer, pelo critério cronológico de Bobbio. Veja-se:

Assim sendo, normas processuais podem ser revogadas por normas processuais posteriores. Queremos dizer com isso que: as disposições processuais do Código Civil no que tange ao tema, foram revogadas pelo Código de Processo Civil (inc. II do art. 1.702), todavia o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 114) determina por seu turno, revogação de dispositivos processuais do Código Civil, revogados pelo Código de Processo Civil. A manutenção da coerência do sistema nos leva a fazer a seguinte reflexão: todas as normas são processuais, e desta forma, podem ser revogadas por outras normas processuais, considerando sua cronologia e especialidade, independentemente, do diploma em que estejam inseridas. Nada obsta destarte, segundo esse raciocínio, que as regras processuais previstas no Estatuto possam alterar o Código de Processo Civil, ainda que fizesse menção ao Código Civil, porque estaria a alterar uma norma processual. Em suma, as modificações impostas pelo Estatuto das normas processuais vão incidir no Código de Processo Civil (arts. 747/759).

---

CPC/2015, ao prever que a doença mental grave é apenas uma das hipóteses em que o Ministério Público poderá propor a ação de interdição.

<sup>42</sup> Na redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o argüido de incapacidade.” Posteriormente, esse artigo foi revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte redação: “Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. § 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. § 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista. § 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas. § 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.” Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a redação do Código Civil ao prever que, antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.

<sup>43</sup> Na redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interditado, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.” Posteriormente, esse artigo foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e a modificação havida está em sintonia com o previsto no artigo 755 do Código de Processo Civil de 2015.

No mesmo sentido é o entendimento de Lôbo (2015) e Tartuce (2016b), que sustentam a necessidade de intervenção legislativa para sanar esse impasse. É importante frisar que, apesar de sustentarem a equivalência do CDPD às emendas constitucionais, nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/88, o que lhe garante superioridade jurídica sobre qualquer lei ordinária, esses autores defendem que os artigos 1.768 a 1.773 do CC/2002 modificados pelo Estatuto produzirão efeitos durante apenas 2 meses e 14 dias, ou seja, até a entrada em vigor do CPC/2015, sendo então revogados, posição com a qual não se concorda.

Frise-se que Sousa, Pessoa e Andrade (2017) entendem que o EPD é posterior ao CPC, em termos de produção legislativa e anterior, em termos de vigência, sendo razoável, inclusive, cogitar-se a possível derrogação de preceitos do novo CPC/2015 que sejam contrários a *mens legis* do Estatuto.

Apesar de não ter sido votado com o mesmo quórum das emendas constitucionais, o EPD é norma de instrumentalização da CDPD e materialização da autodeterminação, da capacidade civil plena e da inclusão das pessoas com deficiência, em perfeita sintonia com o *in dubio pro capacitas*, a intervenção mínima e a dignidade das pessoas com deficiência. A função conferida ao EPD de concretizar o modelo social que inspirou a CDPD lhe garante a impossibilidade de ser revogada por lei ordinária, como é o caso do CPC/2015.

Logo, desprezar as mudanças feitas pelo EPD no CC/2002 é como desprezar uma “série de avanços” (ABREU, 2016, p. 561) de inclusão social das pessoas com deficiência e do tratamento em igualdade de condições com as demais pessoas, configurando verdadeiro e indevido retrocesso social, que não pode ser tolerado ou aceito pelos operadores do Direito.

Na sua visão (ABREU, 2016, p. 561), “[...] a despeito da revogação dos artigos, necessário afirmar que o CPC/2015 guardou compromisso com a CRFB/1988, bem como relativamente aos tratados, convenções e acordos internacionais [...]”. O que se extrai desse entendimento é que as normas do Estatuto não foram revogadas pelo CPC/2015 por causa do status constitucional que apresentam, mas em razão do compromisso que as normas processuais têm com a Constituição, tratados, convenções e acordos internacionais.

Frizzera e Pazó (2017) acrescentam, na linha de raciocínio de Tartuce, que houve um atropelamento legislativo, tendo em vista que o Estatuto alterou os mesmos artigos que haviam sido revogados pelo CPC/2015. Além disso, embora o CPC/2015 tenha entrado em vigor tempos depois, em razão dos diferentes tempos de *vacatio legis*, o que lhe permitiria revogar a legislação anterior, com base no critério cronológico, o Estatuto é norma especial

em relação ao CPC/2015, e, no conflito entre os critérios cronológico e especial, deve prevalecer, em regra<sup>44</sup>, a norma especial sobre a geral: *lex specialis derogat legi generali*.

Para Didier Jr (2015), contudo, não houve tecnicamente revogação, já que o CPC/2015 não poderia revogar o que não estava previsto. Veja-se:

O art. 1.768 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade para a propositura da ação de interdição passou a estar no art. 747 do CPC. Agora, a Lei n. 13.146/2015, ignorando a revogação do dispositivo pelo CPC, acrescenta-lhe um inciso (art. 1.768, IV, Código Civil), para permitir a promoção da interdição pelo próprio interditando – legitimando a autointerdição, portanto. Não há essa previsão no art. 747, CPC. O artigo alterado será revogado a partir de 18 de março de 2016. O que, então, fazer? Parece que a melhor solução é considerar que a revogação promovida pelo CPC levou em consideração a redação da época, em que não aparecia a possibilidade de autointerdição. A Lei n. 13.146/2015 claramente quis instituir essa nova hipótese de legitimação, até então não prevista no ordenamento – e, por isso, não pode ser considerada como “revogada” pelo CPC. O CPC não poderia revogar o que não estava previsto. Assim, será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela “própria pessoa”.

Contudo, a julgar pela posição legislativa<sup>45</sup>, os artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772, todos do CC/2002, que haviam sido alterados pelo Estatuto, foram revogados pelo CPC/2015, o que parece ofender o EPD e, conseqüentemente, a própria CDPD.

Além de ofender por via reflexa a CDPD, já demonstrando o desacerto dessa tese, a legislação adotou o critério cronológico em detrimento do critério da especialidade, ao revogar, com a entrada em vigor do CPC/2015, os artigos antes revogados pelo Estatuto.

Ao agir dessa maneira, o legislador incidiu em duplo equívoco. O primeiro reside na inobservância dos critérios tradicionalmente aceitos pela doutrina para a solução das antinomias<sup>46</sup>, de que *Lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Mesmo que se admita que essa antinomia possa ser solucionada exclusivamente com a doutrina de Bobbio, não andou bem o legislador ao admitir a revogação de uma lei especial por uma legislação geral posterior, ainda mais por se tratar de norma que promove substancial mudança na regulamentação da capacidade civil e na concretização da inclusão social das pessoas com

---

<sup>44</sup> Fala-se em regra porque, para se fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística (BOBBIO, 2014).

<sup>45</sup> Isso porque, na precisa observação de Sousa, Pessoa e Andrade (2017), ao se consultar o *site* do Planalto, especificamente nos arts. 1.768 e 1.769, *exempli gratia*, evidencia-se a redação do caput determinada pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), ao mesmo tempo em que se obtém a informação da revogação desses dispositivos pela Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), numa clara contradição.

<sup>46</sup> Também nesse sentido é a posição de Frizzera e Pazó (2017), ao sustentarem que essa não foi a melhor solução encontrada para a resolução da antinomia, uma vez que o Estatuto produziu modificações importantes para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

deficiência, garantindo que essas pessoas exerçam direitos e obrigações em igualdade de condições com as demais pessoas.

O EPD é norma especial em relação ao CPC/2015 porque cuidou expressamente da ação de curatela e da tomada de decisão (artigos 1.767 a 1.783-A), enquanto o CPC/2015 ainda persiste na regulamentação desse tema sob o rótulo da ação de interdição (artigos 747 a 763). Essa mudança não é apenas de nomenclatura, mas uma imposição para garantir “o império da filosofia implantada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência” (SOUSA; PESSOA; ANDRADE, 2017, p. 85).

Não se mostra razoável entender que o EPD possa tratar da capacidade civil das pessoas com deficiência e da extensão das incapacidades, com profundo impacto na vida dessas pessoas, mas não tenha a mesma força jurídica para regulamentar institutos (ação de curatela e da tomada de decisão) que procuram, justamente, suplementar ou restringir, a depender das necessidades do deficiente, a capacidade legal dessas pessoas. Os institutos estão interligados e foram disciplinados exaustivamente pelo EPD, cuja regulamentação não pode ser desprezada pela legislação ordinária, inclusive pelo CPC/2015, sob pena de esvaziamento da força jurídica do Estatuto.

O segundo reside na violação indireta da CDPD. O Estatuto é literal ao afirmar que tem 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 § 3° do artigo 5° 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.

A referência serve para lembrar ao operador do Direito que o Estatuto é instrumento de materialização dos princípios gerais da Convenção previstos no artigo 3°, não podendo, portanto, ser revogado por lei ordinária, como é o CPC/2015.

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas.
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Mostra-se pouco produtivo ou de nenhuma utilidade prática outorgar ao EPD a tarefa de concretizar um novo modelo social de deficiência inaugurado pelo CDPD, promotor de profundos impactos na teoria das capacidades e avanços na regulamentação da situação das pessoas com deficiência, e ao mesmo tempo permitir que essas normas possam ser revogadas por normas posteriores, desprezando completamente sua importância para a proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

Da mesma forma, o artigo 13 do CPC/2015 prevê que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte. Mesmo que se argumente que o CPC/2015 é norma específica em relação ao EPD, posição com a qual não se concorda, como já demonstrado no tratamento da ação de curatela e da tomada de decisão apoiada, o EPD produziu disposições específicas que refletem fielmente a *ratio* da CDPD, especialmente a necessidade de prever condições legais e fáticas para o pleno exercício da capacidade civil, como é o caso da possibilidade da autocuratela, permitindo que a interdição seja promovida pelo próprio incapaz. Ao agir dessa forma, o EPD apenas especificou um princípio geral da CDPD, reforçando a ideia de que um ataque a seus comandos também é um ataque à Convenção.

Em razão disso, a melhor interpretação a ser dada ao “conflito” entre o CPC e o EPD é a prevalência desse último diploma normativo, por ter por base a CDPD. Nesse caso, não há que se falar propriamente em antinomia normativa, pelo simples fato de o EPD não se encontrar no mesmo patamar jurídico do CC/2002 e do próprio CPC/2015, mesmo sendo esse último posterior ao Estatuto. Em verdade, esse raciocínio se faz necessário em razão da necessidade de se proteger o núcleo essencial da Convenção, que sofrerá forte abalo se o Estatuto puder ser revogado pela legislação ordinária. Na certa observação de Barbosa-Fohrmann e Kiefer (2016, p. 82):

Detalhe primordial aqui é que os direitos humanos internacionais não podem se sujeitar à mera legislação infraconstitucional. Caso se conferisse a essa matéria caráter de lei ordinária, seria como atribuir aos direitos humanos das convenções e tratados grau de inferioridade em relação aos direitos humanos elencados na Constituição.

Ora, como é possível respeitar o compromisso internacional de proteção dos direitos humanos assumido pelo País se a legislação infraconstitucional tiver força jurídica superior ou for capaz de revogá-lo?

O caráter principiológico do Estatuto, destinado a assegurar e a promover, em

condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, pode e deve ser utilizado para sustentar o entendimento de que a revogação do Estatuto pelo CPC/2015 não ocorreu porque representaria a extinção de uma série de avanços nesse sentido.

Em acréscimo a esse entendimento, o status do Estatuto não decorre do fato de encontrar-se hierarquicamente superior ao CC/2002 e ao CPC/2015, por não ter sido aprovado com o quórum de aprovação das emendas constitucionais, mas sim em razão do seu conteúdo, já que tem por base a CDPD. Efeito direto dessa conclusão é a não aplicação da lição de Kelsen (2009, p. 221):

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.

A esse respeito, interessante é a posição de Ferreira e Mezzaroba (2018). Para esses autores, a fórmula da hierarquia kelseniana do Direito como meio de resolução de antinomias jurídicas entre a legislação interna e os tratados internacionais tem-se mostrado insuficiente. Em substituição a esse critério, propõem que a norma a ser utilizada seja a mais benfazeja ao Direito, a que granjeie maior proteção, seja ela do ordenamento interno, seja do sistema internacional de proteção, impondo-se, dessa forma, a aplicação do princípio *pro persona* ou *pro homine*. Veja-se:

Um olhar ainda preso à fórmula da hierarquia como meio da resolução de antinomias entre normas centrou a discussão na posição dos tratados internacionais na concepção kelseniana do Direito como um escalonamento de normas, cuja validade encontra suporte na norma superior até se chegar à hipotética *grundnorm*, fecho lógico do sistema engendrado por Hans Kelsen. A insuficiência desse paradigma para tratar os direitos humanos encontra firme posicionamento da doutrina brasileira. [...]. Não obstante a defasagem da pirâmide normativa de Kelsen para a compreensão dos conflitos entre as ordens nacional e internacional,<sup>10</sup> parte-se dessa premissa metodológica, ou seja, da necessidade de se apontar a hierarquia para ver a preponderância da norma de direitos humanos no caso de colisão com outras normas, porque tanto a doutrina como os países<sup>11</sup> se dividiram entre as teses conhecidas da supraconstitucionalidade,<sup>12</sup> constitucionalidade, supralegalidade e legalidade desses tratados, a partir da mirada da convivência dessas normas no ordenamento interno [...]. A hierarquia não é o critério mais adequado para a definição do direito aplicável, quando se trata sobre o tema dos Direitos Humanos. A rigor, a norma aplicada deve ser aquela mais benfazeja ao Direito em tela, a que granjeia a maior proteção, seja ela do ordenamento interno, seja do sistema internacional de proteção. Chamado de princípio *pro persona* ou *pro homine*, tal orientação doutrinária e jurisprudencial,<sup>16</sup> tal conteúdo esvazia a discussão sobre a precedência da hierarquia para a resolução de conflitos, tornando-se o “epicentro” (RAMOS, 2014, p. 105) do Direito Internacional dos Direitos Humanos [...] (grifos do autor).

Esses autores sustentam que a hierarquia não é o critério mais adequado à definição do direito aplicável à temática dos Direitos Humanos. Em substituição, pugnam a aplicação do princípio *pro persona* ou *pro homine*, cuja consequência é o completo esvaziamento da discussão sobre a precedência da hierarquia para a resolução de conflitos.

Concorda-se com a ideia desses autores, com os adendos que se seguem. A primeira objeção a ser feita a esse entendimento é que a hierarquia kelseniana não é de todo desprezível, principalmente para a solução da antinomia entre os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados conforme o § 3º do artigo 5º da CF/88 e a legislação interna. Nesse caso, bastaria aplicar a hierarquia jurídica superior daquele para sustentar adequadamente a revogação deste naquilo em que com ele conflitar, na esteira do que preconiza Bobbio (2014, p. 95), ao sustentar que:

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. Não temos dificuldade em compreender a razão desse critério depois que vimos, no capítulo precedente, que as normas de um ordenamento são colocadas em planos diferentes: são colocadas em ordem hierárquica. Uma das consequências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior. (Grifos do autor)

A supremacia constitucional não tem apenas importância histórica. Desde que surgiu no *leading case* de aplicação do controle difuso de constitucionalidade, em 1803, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison*<sup>47</sup>, com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das constituições escritas (BONAVIDES, 2003), vem sendo cabalmente acatada pelos países democráticos.

A supremacia da constituição é decorrência lógica do sistema hierárquico kelseniano, e não pode ser desprezada no desenvolvimento de qualquer tese jurídica, ainda que sua intenção seja a de sustentar a aplicação da norma mais benfazeja ao Direito, *pro persona* ou *pro homine*. A própria Constituição brasileira está assentada nessa premissa, ao prever, no artigo 59, que o processo legislativo brasileiro compreende a elaboração de: “I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções”. Cada espécie normativa busca seu fundamento de validade jurídica na norma imediatamente superior até chegar à Constituição, que busca seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental.

---

<sup>47</sup> Sobre o relevante julgado, cf. <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>.

Quebrar essa estrutura é o mesmo que retirar a força normativa da Constituição de orientar a realidade, de impor tarefas, de exigir que essas tarefas sejam efetivamente realizadas e a capacidade de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida (HESSE, 1991). Aqui o sentido que se emprega de força normativa é o mesmo construído por Hesse, o qual entende que não há mais espaço para o divórcio entre realidade e constituição, tendo a norma constitucional força normativa quando também tem a pretensão de eficácia, ou seja, o que ele chama de *geltungsanspruch*.

Quanto à função que a *Lex Magna* encampa em uma ordem jurídica, Mello (2011, p. 12) aduz que “a Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, **suprema**, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam” (grifo nosso).

O conceito de supremacia da constituição é um dos aspectos fundamentais do constitucionalismo contemporâneo e vem sendo compartilhado, de uma maneira ou de outra, por mais de 110 países ao redor do mundo, até mesmo por aqueles bastiões da soberania parlamentar no estilo Westminster (HIRSCHL, 2009).

Não há, pois, como fugir da ideia de supremacia constitucional. Aliás, é justamente em razão dessa hierarquia que o STF passou a sustentar o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados na conformidade do § 3º do artigo 5º da CF/88.<sup>48</sup>

Por fim, mais uma observação importante se faz necessária. Talvez o empecilho à adequada compreensão dos conflitos entre as ordens nacional e internacional não esteja no uso da doutrina kelseniana pelos juristas brasileiros, mas no incipiente tratamento conferido pela doutrina brasileira aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que ainda busca resolvê-los<sup>49</sup> à luz do critério cronológico, quando o assunto exige nova abordagem.

Mais um exemplo disso é apresentado por Nishiyama e Toledo (2016, p. 37), para quem a CDPD, equivalente a uma Emenda Constitucional, acabou por substituir a expressão “pessoas portadoras de deficiência” por “pessoas com deficiência”, pelo critério *lex posterior*

---

<sup>48</sup> É preciso deixar claro que Valerio de Oliveira Mzzuoli (2013) defende a posição de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor na ordem interna possuem status de normas constitucionais, independentemente do quórum de aprovação.

<sup>49</sup> A quase totalidade dos mais de 36 autores constantes da obra *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*, organizada por Menezes, propõe a solução do conflito entre o CPC/2015 e o Estatuto com a utilização do critério cronológico ou a intervenção legislativa, desprezando completamente o fato de que o Estatuto atua a mando expresso da Convenção e o princípio do *pro persona* ou *pro homine*.

*derogat priori*, sem qualquer análise desse entendimento com o atual enquadramento jurídico da Convenção e com o princípio *pro persona* ou *pro homine*.

Pode-se destacar, ainda, para comprovação dessa tese, que o próprio entendimento do STF iniciado em 1977 no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de 1/6/1977, e confirmado no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131/RJ, de 22/11/1995, resolveu o conflito entre as ordens nacional e internacional a partir do entendimento de que a normatividade dos tratados não pode transgredir a normatividade da Constituição, ou seja, com a utilização do critério hierárquico.

E no julgamento do HC n. 87.585/TO e do RE n. 466.343/SP, em 3/12/2008, quando o STF mudou de entendimento, passando a adotar a tese da suprallegalidade dos TIDH não aprovados com o quórum qualificado do § 3º do artigo 5º da CF/88, o que se viu foi a utilização do mesmo critério hierárquico, com nenhuma ou quase imperceptível referência à norma mais benfazeja ao Direito.

Essa linha de raciocínio conduz ao entendimento de que a solução do conflito entre as normas internas e os tratados internacionais exige tanto a adoção do critério hierárquico quanto do critério da norma mais benfazeja ao Direito, sem que se possa informar da insuficiência daquele critério para tratar da recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou da plenitude do princípio do *pro persona* ou *pro homine* para solucionar esse assunto.

Em verdade, a solução adequada desse assunto exige a observância à supremacia da Constituição e ao princípio do *pro persona* ou *pro homine*, “[...] por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda a ordem jurídica [...]” (SARLET, 2012, p. 2).

Crê-se que deveria ser assim a solução dessa questão jurídica, no entanto não é esse o entendimento de boa parte da doutrina<sup>50</sup>, que ainda procura solucionar essa antinomia

---

<sup>50</sup> Não se pode dizer que esse seja o entendimento da doutrina dominante, até porque alguns sustentam que a Convenção possui equivalência às emendas constitucionais, como é o caso de Rosendal (2016), Harmatiuk e Ziggotti (2016) e Tepedino e Oliva (2016), mas não se manifestam, pelo menos nos artigos citados, acerca de qual das duas legislações (CPC ou Estatuto) deve prevalecer; outros, porém, sustentam que o Estatuto foi revogado pelo Código de Processo Civil, por ser posterior àquele, mesmo possuindo status de norma constitucional. Esse é o entendimento de Reis Junior (2016). Além desses, é possível citar o posicionamento de Teixeira, Rettore e Borges e Silva (2016), que conferem à Convenção status de norma constitucional, por ter sido aprovada com quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, nos termos do § 3º do artigo 5º da CF, mas não se interessam em revelar qual das duas legislações prevalecerá. Schulman (2016) destaca o status de emenda constitucional, na forma do § 3º do artigo 5º da CF, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mas não cuida do conflito entre o Estatuto e o CPC/2015, pelo menos no artigo citado.

entre o CPC/2015 e o EPD com base na aplicação da teoria do ordenamento jurídico de Bobbio.

Nessa linha de raciocínio enquadra-se o posicionamento de Meirelles, para quem a CDPD (e seu protocolo facultativo) assinada em Nova Iorque (EUA), em 30 de março de 2007, ingressou no ordenamento jurídico com status de norma constitucional, por ter sido aprovada seguindo o procedimento do § 3º do artigo 5º da CF/88. Veja-se o entendimento (2016, p. 719):

E aqui merece nota a falha formal da Lei de Inclusão, de 06.07.2015 que, de forma indevida, resgatou os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil (sobre o processo de interdição), sem atentar para o fato de que tais artigos já se encontravam expressamente revogados pelo novo Código de Processo Civil, de 16.03.2015, artigo 1.072, inciso II. [...] Essa confusão legislativa deverá ser solucionada pela jurisprudência, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos em aparente colisão [...].

Contudo, apesar de reconhecer a superioridade hierárquica da Convenção, não analisou que o EPD atuou por expressa disposição e tendo por base a própria Convenção. Logo, toda e qualquer violação aos preceitos do EPD também atingirá a Convenção, com real possibilidade de uma lei inferior vir a ofendê-la, caso se entenda que o EPD não merece proteção jurídica diferenciada.

Barboza e Almeida (2016), a título de exemplificação, sustentam que as leis em questão (CPC e Estatuto) são de igual hierarquia e, por consequência, os dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil que forem incompatíveis com o CPC estarão derogados, sem qualquer referência ao fato de que o EPD atua por expressa orientação da CDPD.

A apresentação de posicionamento crítico ao modo como a doutrina vem tratando da matéria (resolução da antinomia entre o CPC/2015 e o Estatuto) não desmerece em hipótese alguma o trabalho desenvolvido e os posicionamentos citados em sentido contrário ao defendido no texto. O propósito é o de retomar a análise desse assunto objetivando contribuir para uma mudança de entendimento, especialmente por se compreender que a reflexão realizada até o momento pela doutrina não tem sido satisfatória e capaz de sedimentar um consenso que evite novos problemas, a despeito dos avanços já alcançados.

Como bem salienta Popper (1978, p. 14), “[...] se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento ‘começa’ por algo, poder-se-ia dizer o seguinte: o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas”.

O conhecimento somente é alçado à categoria de científico a partir de uma autêntica circularidade hermenêutica, na qual *quaestio facti* e *quaestio juris* caminham juntas em busca de uma verdade intersubjetiva. Como diz Streck (2009, p. 117), “na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjuminam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação)” (grifo do autor).

Se outrora o objetivo primordial das ciências era eliminar as incertezas, as dúvidas, as ambiguidades e as contradições, na tentativa de encontrar a certeza e a segurança que, diga-se de passagem, nunca se alcançou, pelo menos no plano *quaestio facti*, atualmente o objetivo é justamente o de afastar o paradigma da física mecânica, de reconhecer que a complexidade é elemento essencial e inseparável da própria evolução do conhecimento.

Portanto, é preciso aceitar a incerteza e a imprecisão dos conceitos, ou seja, a própria complexidade da evolução do conhecimento, um pouco da mistura de harmonia e desarmonia, da certeza e da incerteza, do holismo e do reducionismo.

Daí a assertiva, na esteira dos ensinamentos de Popper (1978) e de Machado Segundo (2016) ao entenderem que o conhecimento científico é provisório, falseável, passível de ser refutado mediante novas pesquisas: não há espaço para dogmas no atual estágio da ciência.

### **3.4 CPC/2015 versus EPD e a consequência de que não foi revogado pelo CPC/2015 - uma análise dos artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do CC/2002: exemplos que ilustram a tese defendida no trabalho**

O artigo 114 do Estatuto acrescentou ao artigo 1.768 do CC/2002 o inciso IV, que instituiu a autocuratela, permitindo que a interdição seja promovida pelo próprio incapaz. O artigo 747 do CPC/2015 não prevê essa possibilidade.

Em razão disso, há clara e evidente contradição entre o artigo 1.768 do CC/2002, já alterado pelo Estatuto, e os artigos 747 e 1.072 do novo CPC. Nesse sentido, em face da impossibilidade de coexistência de dois comandos contraditórios, qual diploma legislativo deve prevalecer?

Seguindo a linha de entendimento desenvolvida no trabalho, entende-se que o artigo 114 do Estatuto deve prevalecer em relação ao CPC/2015, sendo de rigor a manutenção do instituto da autocuratela no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem conclui Requião

(2015), ninguém mais legítimo do que o próprio incapaz para decidir acerca da necessidade, ou não, dos institutos assistenciais.

Mais uma vez, não se concorda com a posição de Tartuce (2016b), que sustenta a necessidade de edição de uma nova norma para resolver o dilema, apesar de conhecer que a autointerdição é viável juridicamente, diante da força constitucional da Convenção de Nova Iorque. Barboza e Almeida (2016) entendem que ignorar o requerimento da tutela pelo próprio interessado afronta o principal objetivo da Convenção. Muito embora a autotutela esteja prevista expressamente no EPD, as autoras utilizam a Convenção para sustentar que a autotutela não se extingue com a entrada em vigor do CPC/2015, o que reforça a tese defendida no trabalho de que a violação da EPD também ofende a Convenção.

Da mesma forma, os artigos 1.769 do CC/2002 e 748 do CPC/2015 foram alterados pelo artigo 114 do Estatuto, que extinguiu a hipótese de atuação do Ministério Público no processo de interdição apenas nos casos de doença mental grave. Com o Estatuto, a atuação do Parquet se tornou mais abrangente, cabendo-lhe promover a interdição do incapaz na hipótese de deficiência mental ou intelectual, independentemente da gravidade.

Portanto, o entendimento que deve prevalecer é que o EPD manteve a disposição do CC/2002, que havia sido revogada pelo CPC/2015, ao prever que a doença mental grave é apenas uma das hipóteses em que o Ministério Público poderá propor a ação de interdição.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Santos (2016), ao dizer que o EPD acertou ao incluir, no inciso IV do artigo 1.768 do CC/2002, o curatelado como legitimado para promover o processo de interdição, e ao rechaçar a ideia do inciso I do artigo 1.769 do CC/2002, que limitava a atuação do Parquet aos casos de maior gravidade.

Tartuce (2016b) entende que a legitimidade do Ministério Público é apenas subsidiária e extraordinária, porquanto o Parquet funciona tão somente como substituto processual, e que, em razão do EPD, será preciso uma norma emergente para apontar qual terá prevalência, e caso essa norma não venha, prevalecerá o CPC/2015, posição com a qual não se concorda, em razão da força constitucional do EPD.

Quanto ao artigo 1.771, a redação original do CC/2002 determinava que, antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz deveria ser assistido por especialistas. Posteriormente, esse artigo foi revogado pelo artigo 751 do CPC/2015, prevendo que a assistência/entrevista poderá ser acompanhada por especialista. Contudo, o EPD alterou a redação do Código Civil, ao prever que, antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.

Nesse caso, deve prevalecer a nova exigência do EPD, por possuir hierarquia jurídica de norma constitucional com precedência sobre a legislação infraconstitucional, no caso, o CPC/2015.

Na redação original do artigo 1.772 do CC/2002, que tratava da curatela parcial, pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do artigo 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do artigo 1.782.

Posteriormente esse artigo foi alterado pelo EPD. O artigo 755 do CPC/2015 manteve o tema dos limites da curatela ao prever que o juiz determinará, segundo as potencialidades das pessoas, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do artigo 1.782, e indicará o curador.

Com essa previsão, o Estatuto manteve-se coerente com a ideia de garantir a participação e respeitar a vontade do curatelado. Por isso que o magistrado, ao fixar o alcance da curatela, deve observar as potencialidades da pessoa para que faça suas escolhas, observando os limites e indicando o curador.

O Enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil estabelece que “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes [...]”. Apesar de anterior ao EPD, mostra-se plenamente compatível com a preocupação e com os princípios por ele adotados, razão pela qual deve ser observado pelos operadores do Direito.

A novidade nesse assunto fica por conta da inclusão do parágrafo único no artigo 1.772 do CC/2002, segundo o qual, para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditado, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

Essa previsão acolhe a proposta da professora Abreu, da Universidade Federal Fluminense, que gerou o Enunciado nº 574 do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), aprovado na VI Jornada de Direito Civil, em 2013: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).”, que assim se justifica:

O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção. Se há apenas o comprometimento para a prática

de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782. Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado. Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a gradação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais.

A análise desses artigos serviu para demonstrar o acerto da tese aqui desenvolvida de que o EPD “deve deferência a CDPD, em face de sua superioridade normativa, com *status* de emenda constitucional” (ROSENVALD, 2016, p. 98), e deve ser utilizado como vetor normativo e axiológico para a legislação infraconstitucional, inclusive para o CC/2002 e o CPC/2015, referente ao tema da teoria das incapacidades, antes regulada exclusivamente pelo CC/2002, e do procedimento dos institutos de direito assistencial (interdição e curatela). O que se tem, atualmente, é uma exigência de releitura desses institutos com fundamento na CDPD e no EPD, e não no CPC/2015.

#### **4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NA TEORIA GERAL DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Não há dúvidas de que o EPD promoveu a emancipação jurídica das pessoas com deficiência. Pelo regime jurídico anterior, o sistema protetivo impedia a graduação<sup>51</sup> dos diferentes graus de incapacidades e acabava por desconsiderar o próprio *status personae* e a plena autonomia dessas pessoas. No afã de protegê-las, o CC/2002 as afastava do convívio social e as aprisionava sob o rótulo<sup>52</sup> de incapazes e sob a proteção dos institutos assistenciais.<sup>53</sup>

Incapaz<sup>54</sup> de lidar com situações que não encontravam eco nas disposições normativas<sup>55</sup>, o modelo médico assistencial foi integralmente substituído pelo modelo social dos direitos humanos. Mais do que a adoção de um modelo público de encarar as pessoas com deficiência e de cuidar de sua plena autonomia, o EPD modificou profundamente a teoria das incapacidades, um dos pilares da teoria geral do Direito Civil.

Por mais paradoxal que seja, a única certeza que se tem no momento é a da própria mudança realizada, da regra de que a pessoa com deficiência é plenamente capaz para praticar pessoalmente os atos da vida civil, alteração cujas consequências somente serão sentidas diante da análise dos interesses conflitantes envolvidos, isso porque há diversas discussões doutrinárias que precisam de definição. Somente a prática poderá demonstrar qual o melhor caminho a seguir (VIEGAS, 2016).

---

<sup>51</sup> O que o Código Civil graduava era a forma de proteção, que se dava por meio da representação ou da assistência. Independentemente do grau da deficiência, essas pessoas não estavam autorizadas a agir sozinhas, somente com autorização legal mediante terceiros representantes ou assistentes (DINIZ, 2010).

<sup>52</sup> O texto que cria uma incapacidade não comporta interpretação analógica, e deve ser entendido estritamente (LOPES, 2000).

<sup>53</sup> O representante legal do incapaz não contrata em seu nome, mas em nome e para o próprio incapaz (MIRANDA, 1999). Embora se possa dizer que o incapaz estaria atuando no mundo jurídico, não o faz pessoalmente, o que, certamente, é uma desconsideração de sua autonomia e vontade, uma espécie de morte civil.

<sup>54</sup> É importante diferenciar capacidade de gozo de legitimação. Embora o sujeito possua capacidade de exercício, a lei poderá exigir, além dessa, uma capacidade específica para atuar em determinados atos da vida civil. Exemplo disso são as testemunhas instrumentárias, que, apesar de possuírem capacidade jurídica e de fato, não podem ser nomeadas herdeiras (art. 1.801, inciso II, CC/2002), em razão da sua posição especial em relação à pessoa do testador (MONTEIRO, 1997).

<sup>55</sup> Todo o Direito brasileiro há muito tempo já não está mais no Código (WALD, 2010).

Se não é possível garantir que as pessoas com deficiência serão respeitadas em todas as suas dimensões, ou que os objetivos do Estatuto serão alcançados, não é menos correto afirmar, porém, que essa mudança legislativa aponta para a formação de um novo olhar sobre essas pessoas, que passam a ter plena capacidade legal para praticar todos os atos da vida civil, a exigir do Estado e da sociedade plena igualdade material<sup>56</sup> e, sobretudo, respeito. É preciso repensar os institutos jurídicos para se enquadrar nessa nova realidade, especialmente a teoria das incapacidades e os institutos assistenciais.

Isso significa dizer que, mesmo com deficiência, a pessoa poderá tomar pessoalmente decisões como, por exemplo, escolher as pessoas que, ao seu lado, irão apoiá-la na prática dos atos da vida civil, casar, testar, doar, ter filhos, adotar e até mesmo contratar, enfim, agir como pessoa plenamente capaz que é, ainda que não tenha discernimento ou o tenha em condição reduzida. Logo não é preciso muito esforço hermenêutico para enxergar a sua importância e a repercussão na vida de milhares de pessoas, especialmente na vida dos deficientes, em clara e evidente aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Como bem definem Sales e Sarlet (2016), só é possível falar em deficiência em um contexto de aproximação com a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que falar de deficiência é tratar diretamente de igualdade, de liberdade, de dignidade e de justiça estendidas para todos, indiscriminadamente.

Apesar dos avanços legislativos, é justamente no campo jurídico que o EPD tem suscitado acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais, em razão das profundas alterações produzidas na teoria das incapacidades e nos conceitos de absoluta e relativamente incapazes, com repercussões em diversos institutos jurídicos do CC/2002 e do CPC/2015.

As alterações são profundas, os dilemas existem e estão à espera de soluções doutrinárias e jurisprudenciais. As consequências práticas dessas alterações, com efeitos concretos na vida de milhares de pessoas<sup>57</sup>, ainda estão sendo discutidas, e até o presente momento não se sabe ao certo a sua extensão e profundidade, e se essas mudanças podem ser tidas como positivas ou negativas<sup>58</sup>, sobretudo diante da insuficiência<sup>59</sup> do Código Civil frente

---

<sup>56</sup> “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”

<sup>57</sup> De acordo com o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 45 milhões de Pessoas com Deficiência (PCDs), quase 24% da população brasileira (CRESCER..., 2016).

<sup>58</sup> Para Simão (2015x), o Estatuto não trouxe nenhuma vantagem para os deficientes.

<sup>59</sup> Rosenvald (2016) chega a afirmar que já foi ultrapassado o entendimento pandectista de que o Direito deve ser disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, pois atualmente não se prescinde do que é eticamente

às situações subjetivas existenciais e às situações práticas que não encontram no Estatuto uma solução imediata.

Além dessa necessária equivalência protetiva, é preciso compreender que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações particulares devem ocorrer por intermédio das normas do Direito Privado, com a preservação de sua autonomia, que não pode ser sopesada com os direitos fundamentais eventualmente atingidos em uma relação entre privados, por não ser considerado um princípio material do Direito (SILVA, V., 2008, p. 27).

Em razão disso, deve ser acatada com reparos a ideia de Perlingieri (2007, p. 12) no sentido de que:

[...] a normatividade constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores [...].

A aplicação direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode esgotar o estatuto epistemológico do Direito Civil ou aniquilar suas balizas fundamentais, como a autonomia privada<sup>60</sup>, a segurança jurídica e a técnica da subsunção<sup>61</sup>.

Essa preocupação não é apenas um exercício retórico, teórico ou de mero academicismo, vai muito além disso e projeta-se para a realidade brasileira, para o plano fático, no qual o controle funcional da abusividade, na hipótese de atos particulares conflitantes, deverá proteger os valores do ordenamento jurídico (SOUZA; SILVA, 2016), conferindo igual proteção aos interesses das pessoas com deficiência e dos sujeitos que com elas contrataram.

A capacidade civil plena conferida às pessoas com deficiência se encontra no plano formal, do puro dever-ser, no qual há presunção legal de plena capacidade civil. Outra coisa bem diferente é o plano material, do puro ser, em que essas pessoas pretendem atuar com plena capacidade e liberdade para praticar atos de natureza patrimonial e existencial.

---

exigível, ou seja, o julgador estaria legitimado a utilizar critérios extrajurídicos para encontrar uma solução mais justa e ética.

<sup>60</sup> A primazia do interesse geral não significa, todavia, o sacrifício dos interesses individuais. Aos espíritos moderados afigura-se necessária a conciliação entre as duas ordens de interesses, para que seja preservada a dignidade da pessoa humana (GOMES, 2002).

<sup>61</sup> O CC/2002 estabelece como princípios básicos a socialidade, a eticidade e a operabilidade. A socialidade é a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais. A eticidade aponta a dignidade como a fonte de todos os demais direitos, autorizando a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. A operabilidade visa facilitar a aplicação do Código Civil, tornando-o mais acessível e pondo fim a intermináveis discussões doutrinárias sobre a diferença entre decadência e prescrição, associação e sociedade empresarial, por exemplo (GONÇALVES, 2014).

Garantir a capacidade civil plena dessas pessoas é um grande passo, mas não as põe a salvo de distorções que podem surgir do conflito de normas protetoras com a realidade concreta na qual possam estar inseridas. Basta imaginar a situação da pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer discernimento.

Para o atual Código Civil, essa pessoa é considerada, formalmente, relativamente incapaz, mesmo não tendo qualquer discernimento para a prática dos atos da vida civil (materialmente – no mundo do ser - é absolutamente incapaz), mas, paradoxalmente, não há outra escolha senão nomear-lhe curador representante, mesmo consistindo em incapacidade relativa, que, à luz da dogmática tradicional, seria hipótese de assistência. Lembre-se de que a idade passou a ser o único critério para se estabelecer a incapacidade absoluta, em razão da revogação de todos os incisos do artigo 3º do Código Civil.

É preciso, pois, estudar o mecanismo protetivo inaugurado pelo EPC a partir de uma abordagem protetiva, que leve em consideração, no caso concreto, o efetivo poder de autodeterminação do sujeito (TEPEDINO; OLIVA, 2016), com o entendimento voltado para sepultar a perspectiva biomédica e individual, exclusiva e estigmatizante, que orientava a teoria das incapacidades antes das mudanças operadas, sem se descuidar da proteção que deve ser dada aos pilares fundamentais do Código Civil.

O objetivo deste capítulo é fazer um recorte metodológico específico para estudar as alterações provocadas na teoria das incapacidades e suas implicações diretas no CC/2002<sup>62</sup> e nos institutos assistenciais da curatela e da tomada de decisão apoiada, todos regulados pelo CPC/2015<sup>63</sup>, que ficaram adstritos ao exercício de atos de natureza eminentemente patrimonial, sem qualquer restrição à prática de atos de natureza existencial, na tentativa de encontrar soluções que produzam segurança jurídica, previsibilidade e respeito à autonomia privada dos contratantes, à intervenção mínima<sup>64</sup> e aos pilares do CC/2002.

#### **4.1 A tutela da dignidade da pessoa com deficiência**

---

<sup>62</sup> O Código Civil de 2002 teve ao todo 15 artigos atingidos pelo EPD, são eles: artigos 3º, 4º, 228, 1.518, 1548, 1.550, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A, 1.777 e 1.783-A.

<sup>63</sup> Os artigos do CPC/2015 que foram alterados pelo Estatuto são os seguintes: artigos 747, 748 e 751.

<sup>64</sup> É preciso deixar claro que os dois princípios básicos da Convenção (BUFULIN; SANTOS; REINHOLZ, 2018) são: (i) o do “in dubio pro capitis”, ou seja, que na dúvida a capacidade civil deve prevalecer; e (ii) o da “intervenção mínima”, segundo o qual somente em casos absolutamente justificados é que o magistrado deve nomear curador, já que a regra ainda continua sendo a capacidade, ou a aplicação da tomada de decisão apoiada. É em razão desses princípios que a curatela tem caráter excepcional e extraordinário, o que ensejou, inclusive, a revogação dos incisos I, II e IV do artigo 1.767 do CC/2002, os quais afirmavam que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela.

A discussão sobre a proteção jurídica das pessoas com deficiência remonta à Antiguidade, e pode ser dividida em três períodos históricos bem distintos (SILVA; LEITÃO; DIAS, 2016):

(i) o primeiro momento foi o da marginalização, com a rejeição social, desprezo e exclusão total dos deficientes, predominante na Antiga Grécia até a Idade Média. Nesse modelo, a deficiência era vista como “castigo divino”, e as pessoas eram excluídas completamente da sociedade;

(ii) o segundo momento foi o da política da segregação institucional, também conhecida como grande reclusão, em razão da enorme quantidade de pessoas que foram atendidas nos hospitais e lá permaneceram por muito tempo, especialmente feridos e sobreviventes de guerra, que se iniciou no final do século XIX e perdurou até a década de 1940, chamada de modelo médico, “[...] em que as pessoas eram consideradas ‘inválidas’ e socialmente ‘inúteis’” ((BARBOSA-FOHRMANN; KIEFER, 2016, p. 72);

(iii) o terceiro momento é o modelo social de deficiente dos dias atuais, com início a partir da década de 1960 na Inglaterra e nos Estados Unidos da América e liderado pelas próprias pessoas deficientes. De acordo com Barbosa-Fohrmann e Kiefer (2016, p. 72), “Nascia o mote do modelo social da deficiência, o qual resulta da interação da pessoa com deficiência e o meio em que vive, que pode não estar preparado para bem acolhê-la [...]”.

Na literatura médica, há diferentes variações nos modelos de deficiência, mas é possível apontar dois modelos existentes que foram adotados, respectivamente, pela legislação anterior e pelo EPD.

O primeiro adotado no Brasil foi o modelo médico de deficiência, segundo o qual “a deficiência seria a expressão de uma limitação corporal do indivíduo para interagir socialmente” (MEDEIROS; DINIZ; SQUINCA, 2006). Nesse modelo, a deficiência é vista como um aspecto individual, uma doença que precisa de tratamento clínico, cirúrgico, psicológico ou terapêutico. Foi o modelo que reinou da Antiguidade até a década de 1940.

O modelo médico adotado pelo EPD foi o da visão social da deficiência baseada nos direitos humanos, que retira a deficiência do âmbito individual e passa a encará-la sob o ponto do interesse social. Assim, a pessoa com deficiência, nos termos do artigo 2º do EPD, é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Apesar de o modelo social ter sido inaugurado, no plano internacional, a partir da década de 1970 e no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que prevê a dignidade da

pessoa humana como vetor interpretativo, o que, obviamente, demanda mudança de postura e uma nova sistemática de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, o que ainda se via era o tratamento da deficiência como decorrência de mera limitação corporal e individual, numa plena submissão ao modelo médico, que devia ter sido abandonado pelos estudiosos e pela própria legislação infraconstitucional desde 5 de outubro de 1998<sup>65</sup>.

Contudo, o completo abandono do modelo médico só ocorreu, no Brasil, com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2016, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicado em 7 de julho de 2015<sup>66</sup>.

A partir desse marco legislativo, o foco da proteção jurídica passa a ser a tutela da pessoa com deficiência em toda a sua plenitude. O patrimônio também é alvo de proteção, mas com importância jurídica diminuída frente à autonomia existencial. Num eventual conflito entre o patrimônio (ter) e a pessoa portadora de deficiência (ser), o EPD deu especial primazia à segunda, ao ampliar o exercício da autonomia privada dessas pessoas no plano patrimonial e existencial.

Por serem consideradas absolutamente incapazes pelo CC/2002, as pessoas com deficiência ficavam alijadas da prática de atos como o casamento, o testamento e a doação, por exemplo, que não poderiam nem mesmo ser praticados pelo representante legal, por serem absolutamente pessoais (GONÇALVES, 1955). O tratamento jurídico conferido “impunha[...] às pessoas com deficiências a condição de coadjuvantes em todas as questões que lhes diziam respeito diretamente” (FONSECA, 2012, p. 47). Essa realidade foi modificada pelo EPD, e se não pode ser vista como inequívoca supremacia dos aspectos existenciais sobre o interesse patrimonial da pessoa com deficiência, indica, pelo menos, preocupação com o *status personae* dessas pessoas.

O que se quer dizer com isso é que as pessoas com deficiência não estão impedidas de contratar pelo simples receio fictício de que não possuem discernimento para tanto ou que serão prejudicados. A nova sistemática liberta essas pessoas da desconsideração do *status personae* e outorga-lhes capacidade para tomar suas próprias decisões, com autodeterminação e autonomia (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016).

---

<sup>65</sup> É na Constituição Federal que se encontra a dignidade da pessoa como fundamento material do tratamento especial conferido às pessoas com deficiência, objetivando a observância do princípio da igualdade em sua dimensão material (SOUSA; PESSOA; ANDRADE, 2017).

<sup>66</sup> Há quem condene as alterações promovidas pelo EPD. É o caso de Simão (2015b) e Kümpel e Borgarelli (2015).

A regra é a da plena capacidade civil, a exceção é a incapacidade civil, cujos institutos assistenciais (curatela e tomada de decisão apoiada) têm a missão de garantir a plena igualdade do exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, pelo menor tempo possível (artigo 84, parágrafo 3º, do EPD).

Um reflexo claro dessa mudança de paradigma é que a pessoa com deficiência passa a ser dotada de plena capacidade legal, embora possa se valer, eventualmente, da tomada de decisão apoiada e da curatela, que passa a ter caráter extraordinário.

O EPD consagra inovadora visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência, sob o viés dos direitos humanos, adotando um modelo social cujo desiderato é incluir o deficiente na comunidade, garantindo-lhe uma vida independente, com a igualdade, no exercício da capacidade jurídica (VIEGAS, 2016).

Na visão de Rosenvald (2016), a dignidade da pessoa humana assume uma dimensão negativa, que é o dever de proteção por parte do Estado, e uma dimensão positiva, enfatizada pela CDPD em seu artigo 3º, que é o poder conferido à pessoa com deficiência de eleger e promover suas escolhas, impondo a reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana.

#### **4.2 As conceituações tradicionais da teoria das incapacidades e o Código Civil de 2002**

De acordo com o CC/2002, os incapazes estão nos artigos 3º e 4º, na classe dos sujeitos a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses patrimoniais (RODRIGUES, 2003, p. 40). São eles:

- 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.

Independentemente do grau da deficiência física ou mental ou da natureza da incapacidade, o Código Civil inclui todos esses sujeitos no rol dos incapazes, desprezando completamente sua manifestação volitiva. Embora louvável, a proteção legal não deixa de ter

um viés patrimonialista, já que despreza completamente a capacidade volitiva do incapaz para praticar atos negociais e patrimoniais e o coloca sob a tutela de um representante ou assistente, que age em seu nome, afastando-o da prática dos atos da vida civil de qualquer natureza.

Na doutrina clássica (BEVILÁQUA, 2003), tem-se que a capacidade jurídica é gênero, de que são espécies a capacidade de direito (artigo 1º do CC/2002) e a capacidade de fato, que pressupõe a capacidade de direito. Modernamente, em razão da extinção da escravidão, todos os seres humanos possuem a capacidade de direito, mas nem todos possuem a capacidade de fato, que é a aptidão para pessoalmente exercer direitos e contrair obrigações.

Além disso, é possível distinguir o gozo do exercício dos direitos civis. Para Santos (1953), o gozo dos direitos pressupõe apenas a aptidão para adquiri-los, o que significa que basta que o homem exista, enquanto o exercício dos direitos requer mais que a existência humana, é necessário que o indivíduo que a ele se habilita preencha os requisitos da lei.

Se a capacidade é plena, o sujeito conjuga tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato; se limitada, é detentor apenas da capacidade de direito, e passa a necessitar de outra pessoa para substituir ou completar sua vontade (VENOSA, 2007).

A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio da representação ou assistência, que lhes dá segurança, quer em relação à sua pessoa, quer relativamente ao seu patrimônio, possibilitando-lhes o exercício de seus direitos.

Na incapacidade absoluta, em regra<sup>67</sup>, não têm sua vontade levada em consideração. Sua atuação na vida se dá mediante o instituto da representação. Na incapacidade relativa, a vontade é levada em consideração, conquanto não estejam autorizados a atuar sozinhos. Os sujeitos têm direito de expressar sua vontade, necessitando apenas de uma pessoa para os intermediar, por meio do instituto da assistência.

De acordo com a lição de Pereira (1986), o instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a preservação dos que são portadores de deficiência juridicamente apreciável.

Ocorre, porém, que essa forma de regular a incapacidade civil, principalmente das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, constituía uma negação plena da autonomia, uma espécie de desconsideração do *status personae*. O incapaz, mesmo que em determinado momento possuísse capacidade de entender e compreender sua vontade (capacidade de fato), não tinha como exprimi-la, senão por intermédio do assistente ou representante legal.

---

<sup>67</sup> Em determinadas situações a lei possibilita a manifestação de vontade do absolutamente incapaz, como ocorre na fixação da guarda e da adoção (BARROS, 2013).

Portanto, pensando na dignidade das pessoas com deficiência é que foi promulgado o EPD, com reflexo direto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, como se passa a demonstrar.

#### **4.3 O atual conceito de pessoa com deficiência e os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 com redação dada pela Lei n. 13.146/2015 (EPD)**

A regulamentação do regime jurídico das incapacidades pelo CC/2002 impedia o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência psíquica e intelectual, por tratá-las como sujeito abstrato, formal e sem autonomia para reger sua vida, seus atos e seus bens, sem qualquer preocupação acerca da vida real dessas pessoas, suas aspirações, desejos, vontades e sentimentos, em suma, da sua interação com a realidade social.

Em verdade, o tratamento jurídico conferido aos deficientes representava muito mais uma forma pejorativa e excludente de atenção do que propriamente protetiva, mesmo com a adesão a convenções internacionais (SIRENA, 2016).

O EPD rompeu com a tradição do Direito Civil, que historicamente sempre tratou o portador de transtorno mental como incapaz, inspirada pelos valores liberais e voltada à tutela de interesses patrimoniais, mas não se sabe ao certo, contudo, a profundidade e a extensão dessas mudanças, sobretudo diante da insuficiência do Código Civil para tratar desse assunto.

Com o EPD, busca-se eliminar os entraves e as barreiras que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, colocando-as no centro das preocupações do Direito. Segundo Stolze (2016, p. 18), “trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis”.

Cuida-se, outrossim, de Lei que pretende materializar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Logo, não é preciso muito esforço para enxergar a sua importância e repercussão na vida de milhares de pessoas, especialmente na vida dos deficientes, em clara e evidente tentativa de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência pretende justamente conferir a essas pessoas plena autonomia e liberdade para decidir e escolher o que é melhor para sua vida<sup>68,69</sup>. Com o EPD, o discernimento não é mais requisito da capacidade civil, como era antes da mudança, quando era elemento essencial dessa capacidade (CARVALHO BARROS, 2018).

Em busca de promover a inclusão social da pessoa com deficiência e como consequência direta, têm-se profundas mudanças nas conceituações tradicionais da teoria das incapacidades pelo Código Civil, que se mostrava pouco sensível ao projeto personalista do texto constitucional, ao reduzir o problema das pessoas com discernimento limitado a duas castas comunicáveis: capazes e incapazes (SOUZA; SILVA, 2016), em verdadeira desconsideração do *status personae*.

Por se tratar de assunto recente, há diversas questões na doutrina que ainda precisam ser respondidas e que se revelam de extrema importância para a correta aplicação do EPD. Trata-se de mudança radical, que não encontra paradigma no Direito Civil, em um caminho firme de repersonalização desse ramo do Direito, com profundos reflexos em diversos institutos do Direito Civil e do novo Código de Processo Civil (RIBEIRO, 2016). Não se trata de simples reforma, mas de verdadeira revolução no modelo do *status personae* e da própria capacidade civil (REIS JUNIOR, 2016).

Nos termos dos artigos 6º e 84 do referido Estatuto, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Para adequar o Código Civil ao Estatuto, os artigos 3º e 4º passaram a ter nova redação, para nele fazer constar (artigo 3º) que somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes, e (artigo 4º) para excluir os deficientes mentais e os que têm discernimento reduzido.

Com a Lei n. 13.146/2015, a redação atual dos artigos 3º e 4º do CC/2002 ficou assim:

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;

---

<sup>68</sup> “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

<sup>69</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

IV - os pródigos.

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

Com essa alteração, a pessoa com deficiência, que é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (artigo 2º), passou a ter plena capacidade civil, cuja consequência é a sua retirada do rol dos incapazes. Dissocia-se o transtorno mental da incapacidade (REQUIÃO, 2016).

Sendo assim, deixam de ser absolutamente incapazes os “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática” dos atos da vida civil e de ser relativamente incapazes “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (SIMÃO, 2015b).

Não existem mais pessoas absolutamente incapazes maiores de idade. Eventualmente essas pessoas podem ser relativamente incapazes, desde que se enquadrem em alguma das hipóteses do artigo 4º do CC/2002. A idade passou a ser o único critério para se estabelecer a incapacidade absoluta. Também não há que falar mais em ação de interdição absoluta no vigente sistema civil e processual civil brasileiro (TARTUCE, 2017). Com o Estatuto, a ação de interdição passou a ser chamada de ação de curatela.

Na hipótese de a deficiência prejudicar ou impedir a expressão da vontade do deficiente (CASTRO, 2016), a Lei n. 13.146/2015 prevê dois caminhos para solucionar o problema: (i) a tomada de decisão apoiada<sup>70</sup>, nos termos do artigo 783-A, acrescido ao CC/2002; e (ii) quando indispensável, curatela, que ficará circunscrita aos atos de natureza patrimonial e negocial<sup>71</sup>, ficando o deficiente livre para tomar decisões de cunho existencial, por exemplo, casar, ter filhos, adotar, testar, etc.

#### **4.4 Uma abordagem analítico-reflexiva das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) a partir de situações concretas**

---

<sup>70</sup> “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015).”.

<sup>71</sup> “Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.”.

Como a regra é a plena capacidade civil em abstrato das pessoas com discernimento reduzido por deficiência mental, e como os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo, deixaram de ser relativamente incapazes e não precisam de curador para agir em seu nome, é possível que essas pessoas, por alguma situação, não consigam exercer pessoalmente os atos da vida civil, ensejando o surgimento de dúvidas, de problemas jurídicos e conflitos doutrinários, alguns dos quais serão examinados neste tópico.

Como bem adverte Reis Junior (2016), nem sempre a mera previsão em abstrato da capacidade de direito se mostra suficiente para proteger e ampliar o aspecto de atuação do deficiente, sobretudo quando ele não tem capacidade de fato para exercer pessoalmente sua vontade de maneira consciente e autônoma, mas ainda assim é considerado plenamente capaz pelo Estatuto, ocasionando profunda disparidade entre a abstração do EPD e a realidade na qual se encontra inserido.

Essa possibilidade já é suficiente para fazer brotar no ambiente acadêmico, doutrinário e jurisprudencial dúvidas acerca da manutenção ou não do sistema de salvaguardas dos deficientes.<sup>72</sup>

A realidade é que o assunto é recente, e há diversas questões na doutrina que ainda precisam ser respondidas e que se revelam de extrema importância para a correta interpretação e aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Como diz Simão (2015b):

Se o Estatuto merece aplausos e os merece, contudo, já na leitura inicial do novo instrumento legal, que ainda não está em vigor, pois tem *vacatio legis* de 180 dias (vide artigo 127), alguma preocupação e muita perplexidade atingem aqueles que estudam e conhecem Direito Civil.

Acerca das inúmeras questões e debates que o EPD pode ensejar, em razão do seu poder de atingir todos os ramos do Direito, Barboza e Almeida (2016, p. 250) destacam algumas indagações que surgiram com a simples entrada em vigor do EPD:

[...] (i) não há pessoas com deficiência mental ou intelectual incapazes? (ii) não há mais interdição? (iii) quais os limites da curatela? (iv) qual a natureza jurídica da tomada de decisão? (v) quando tem cabimento este tipo de decisão? (vi) quais os efeitos dos atos existenciais praticados por pessoas que, em razão da gravidade de sua deficiência, não se encontram em condições de decidir?

Na visão de Menezes (2015, p. 29), “[...] outras questões ainda demandam análise detida, a exemplo da participação da pessoa com deficiência nos inventários extrajudiciais, a

---

<sup>72</sup> Expressão utilizada por Carvalho Barros (2008) para se referir ao conjunto de medidas legislativas destinadas a proteger os deficientes nas relações com terceiros.

nulidade ou anulabilidade de atos praticados por pessoa com severa deficiência intelectual ou psíquica etc.”.

Portanto, é chegado o momento de analisar o impacto dessas mudanças especialmente na teoria dos negócios jurídicos, nos institutos da prescrição e decadência, na teoria das invalidades, na responsabilidade civil e nas relações familiares, bem como apresentar possíveis soluções aos problemas que apresentam.

*4.4.1 Estudo de caso I: como a pessoa considerada capaz pelo Estatuto, mas que não consegue manifestar sua vontade nos atos cotidianos da vida civil por se encontrar em coma induzido, praticará os atos da vida civil?*

Dentre os diversos propósitos políticos da Convenção, o que mais chama a atenção dos estudiosos é a pretendida emancipação jurídica da pessoa com deficiência, que impõe com a mesma intensidade e desejo a superação do viés assistencialista reinante no regime jurídico anterior, mas isso não significa dizer, certamente, que a pessoa deficiente, mesmo sendo considerada capaz pela Convenção e pelo Estatuto, não possa se valer, excepcionalmente, dos institutos da curatela e da tomada de decisão, que serão interpretados e aplicados a partir de um viés de inclusão social, cultural, político, econômico e jurídico, desprezando completamente o caráter tutelar e assistencialista outrora reinante.

Essa mudança de posição exige que a pessoa enferma não seja considerada incapaz (artigo 6º do EPD) e prescindida do instituto da representação, que desprezava completamente a vontade desse incapaz, visto como alguém sem qualquer discernimento. Contudo, na hipótese em que a pessoa estiver impossibilitada de praticar juntamente com o assistente os atos da vida civil, ao se encontrar, por exemplo, em coma induzido, e por isso mesmo for considerada incapaz pelo CC/2002, não pode ser declarada absolutamente incapaz para permitir a sua representação, como propõe José Simão (2015b), pela simples razão de o CC/2002 não prever essa hipótese como sendo absolutamente incapaz.

De fato, possui razão o autor (SIMÃO, 2015b) quando diz que, nesse caso, a adoção da assistência se mostra inútil quando o incapaz está impedido de praticar os atos da vida civil. Contudo, violar a literalidade do Código Civil não é, certamente, a melhor opção.

Em razão disso, a melhor saída para esse impasse é a solução proposta por Correia (2015), da hibridização dos institutos da assistência e da representação, para que o curador possa representar o incapaz, e não somente assisti-lo. Essa solução se apresenta como a melhor pelo fato de respeitar as alterações realizadas pelo EPD no CC/2002, já que não se faz

necessário violar a literalidade das alterações, e também por ser capaz de adequar as mudanças legais a situações casuísticas que sempre vão surgir.

O incapaz que se encontra impossibilitado de exercer sua vontade continua sendo, por expressa disposição legal, relativamente incapaz, mas por uma necessidade prática será submetido à hibridização, em que o curador terá poderes para representá-lo nos atos da vida civil, e não somente assisti-lo. Das possíveis alternativas apontadas pela doutrina para a solução desse problema, a que parece mais adequada é a de justamente admitir que o curador terá poderes para representar o relativamente incapaz, e não simplesmente ignorar a mudança provocada pelo EPD para considerá-lo absolutamente incapaz somente para legitimar a invocação dos institutos da representação.

Consequência lógica disso, é que o ato praticado pelo curador estará sujeito ao regime das nulidades, já que fora praticado sem a assistência do incapaz. Logo, não se mostra razoável sustentar que esse ato seja meramente anulável. Formalmente, trata-se de uma assistência, já que essa hipótese de incapacidade se encontra na lei, mas a circunstância fática exige a aplicação do instituto da representação, que constará na sentença de curatela, sujeita ao regime jurídico das nulidades, mais benéfico ao incapaz.

Trata-se de mais uma situação complexa, entre outras que surgiram, que precisa de uma solução jurídica. A indeterminação dos fatos da vida é uma realidade com a qual o operador do Direito tem que lidar e que exige dele a oferta de soluções.

Embora essa solução não pareça tecnicamente a mais adequada, é a única que respeita as alterações promovidas pelo EPD e a ideia de que a curatela é medida que deve ser adotada sempre em benefício do incapaz, e a situação na qual se encontra exige que lhe seja nomeado um representante legal, e não apenas um assistente.

Outra solução apontada por Berlini (2016, p. 161) é considerar o rol da incapacidade absoluta como apenas exemplificativo, permitindo “que situações excepcionais, como o caso do coma, já referido, sejam abrangidas pela incapacidade absoluta”.

*4.4.2 Haverá necessidade de revisão de todas as sentenças de interdição das pessoas com deficiência, que já se encontram sujeitas ao regime da curatela, diante do novo status destes sujeitos? Será que se poderia falar em relativização da coisa julgada, para que a nova lei abarque os deficientes mentais considerados por sentença prolatada antes de sua vigência como absolutamente incapazes, tornando-os plenamente capazes<sup>73</sup>?*

---

<sup>73</sup> Questionamento formulado por Diniz (2016).

Na doutrina brasileira, duas correntes apontam soluções díspares para esse problema jurídico. Para Simão (2015a), por se tratar de lei de estado, tem aplicação imediata, e todas as pessoas enfermas, com deficiência mental ou na condição de excepcional, não serão mais consideradas incapazes, sendo prescindível o levantamento das interdições judiciais.

No mesmo sentido é o entendimento de Ribeiro (2016), para quem as pessoas que foram interditas em razão de enfermidade ou deficiência mental serão consideradas plenamente capazes, *ope legis*, sem a necessidade de medida judicial para levantamento das interdições decretadas com base na legislação anterior. Para garantir a segurança jurídica dos atos e negócios jurídicos futuros, o autor propõe a averbação do levantamento da interdição no “Livro E” do Registro Civil das Pessoas Naturais onde foram inscritas.

Em sentido contrário posiciona-se Gagliano (2016), ao entender pela necessidade de uma ação de reabilitação ou levantamento da interdição. Segundo esse autor:

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais. Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, “automaticamente” inválidos e ineficazes os milhares – ou milhões – de termos de curatela existentes no Brasil. Até porque, como já salientei, mesmo após o Estatuto, a curatela não deixa de existir.

No mesmo sentido é a posição de Diniz (2016), para quem a sentença de interdição é constitutiva com eficácia declaratória, com efeitos *ex tunc*, e mesmo com a entrada em vigor do EPD, as pessoas que já se encontram sujeitas ao regime da curatela não serão automaticamente consideradas capazes.

A melhor solução a ser apresentada a essa problemática é sustentar que o Estatuto não retroagirá para atingir pessoas que foram declaradas incapazes ou incidir sobre casos já julgados pelo Poder Judiciário, pelo simples fato de o Estatuto apresentar modelo de regime jurídico das incapacidades completamente diferente do previsto no CC/2002, que autorizava a interdição total das pessoas e a sua substituição para os atos de natureza patrimonial e existencial, sem verificar a adequação dessas medidas às necessidades específicas da pessoa, amplitude certamente não compartilhada pelo EPD.

A ação de reabilitação ou levantamento da interdição serve justamente para modular os institutos de apoio ao exercício da capacidade às necessidades concretas da pessoa deficiente, apoiando-a, e não a substituindo. No CC/2002 havia a substituição da vontade da pessoa incapaz, e com o EPD foi criado o sistema de apoio à pessoa deficiente. Como bem

acentuam Menezes e Teixeira (2016, p. 594), “migramos de um modelo protetivo de substituição de vontade para um modelo pautado no apoio que busca favorecer a emancipação do sujeito sem lhe negar a proteção de que necessitar”.

Além das mudanças no estado civil dessas pessoas, os institutos assistenciais (curatela e tomada de decisão apoiada) possuem natureza jurídica extraordinária e excepcional e uma extensão bem mais reduzida em relação à curatela regulada pelo CC/2002 e pelo CPC/2015. Com efeito, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (artigo 85, EPD), sem qualquer limitação aos atos de natureza existencial, como casar, ter filho, adotar, etc.

Em razão disso, somente a partir da análise acurada e pontual de cada caso concreto é que será possível investigar a realidade das pessoas consideradas incapazes por sentença e aplicar o instituto assistencial disponibilizado pelo EPD que seja mais adequado às necessidades específicas de cada pessoa.

Conferir aos deficientes mentais declarados absolutamente incapazes por sentença prolatada antes da vigência do Estatuto o status de plenamente capazes pode representar um risco para o próprio interditado, que será considerado capaz por simples imposição legal, sem levar em consideração a necessidade ou não de um assistente para externar sua vontade.

Por fim, Tartuce (2017, p. 68) propõe que seja acrescentado na proposta de inclusão no artigo 1.775-B, no Código Civil, um parágrafo único para nele fazer constar o seguinte: “Para os casos de pessoas que se encontram interditadas na entrada em vigor da Lei n. 13.146/2015 será necessária uma ação de reabilitação, para o retorno da plena capacidade civil”.

#### *4.4.3 Qual a consequência jurídica da ausência de representação ou assistência na prática de um ato pelo deficiente que, por decisão judicial, deveria ser representado ou assistido?*

A capacidade de exercício ou de fato pressupõe a higidez psíquica de querer e compreender as consequências de seus atos. É por intermédio dela que a pessoa participa da vida em sociedade e realiza a autonomia privada, na esfera patrimonial e na existência. Para que isso seja possível, o indivíduo deve ser visto pela sociedade e por quem com ele contrata como uma pessoa humana concreta, com liberdade para decidir e tomar suas próprias decisões sobre sua vida, seus bens e desejos, sem prescindir da responsabilidade (MENEZES; TEIXEIRA, 2016).

Liberdade e responsabilidade estão umbilicalmente ligadas e são necessárias para o aperfeiçoamento e desenvolvimento da pessoa humana concreta, cabendo ao operador do Direito não apenas abster-se de intervir no exercício, mas, sobretudo, criar condições para que essa faculdade de agir seja efetivamente desenvolvida, entre as quais conferir aos questionamentos apresentados pelo EPD a interpretação que melhor possibilite a sua concretização.

É com fundamento na ideia de autodeterminação, expressão do princípio da dignidade (MENEZES; TEIXEIRA, 2016), que a CDPD prevê, em seu artigo 12, § 2º, que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Embora a CDPD utilize a expressão capacidade legal, ela deve ser vista como sinônimo de capacidade jurídica e engloba tanto a capacidade civil quanto a de fato (PEREIRA; LARA; ANDRADE, 2018).

Com isso, pode-se dizer que o incapaz tem liberdade para agir e assumir os riscos de sua atuação. Se vier a atuar sem a intervenção do curador, quando já se encontrar sob curatela por decisão judicial, dúvidas não há que o negócio firmado será nulo (artigo 166, inciso I, CC/2002) ou anulável (artigo 171, inciso I, do CC/2002), a depender da extensão e dos limites da curatela fixados na decisão judicial. A nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico não decorre de a pessoa com deficiência necessitar ou não de representação ou assistência, até porque a ideia defendida no trabalho é a de que ela será sempre assistida, mas sim da vedação constante da sentença.

Diferentemente, porém, é o caso de o incapaz considerado capaz<sup>74</sup> pelo Estatuto, que ainda não foi submetido ao processo de curatela, realizar negócios jurídicos. Nessa hipótese, acolhe-se a doutrina de Diniz (2016, p. 280), no sentido de que “quem invocar doença mental para obter a nulidade relativa do ato negocial de interdito deverá provar a sua incapacidade de entender e querer no momento da realização daquele ato”.

Logo, esses atos são apenas anuláveis, cabendo ao deficiente o ônus de provar que à época em que os praticou, sua incapacidade lhe retirou o necessário discernimento para entender e compreender as consequências deles decorrentes. O importante é saber se à época do negócio o agente possuía inteligência e vontade de praticá-lo, sendo despidendo investigar se o outro contratante estava ou não de boa-fé (DINIZ, 2016).

---

<sup>74</sup> Veja-se que o artigo 84 do EPD é claro ao afirmar que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Como já dito, a capacidade legal mencionada pelo EPD compreende também a capacidade de exercício, o que torna possível um incapaz praticar negócios jurídicos.

Essa interpretação é a que melhor resguarda a segurança jurídica e a estabilidade social. Certamente, ninguém terá disposição para negociar se lhe couber o ônus de provar que no momento da celebração a pessoa com deficiência possuía discernimento. A inversão desse ônus probatório é um ponto de equilíbrio das relações jurídicas que fomenta e amplia a participação do deficiente nos atos da vida civil, em um repensar firme de aproximação do conceito moderno da pessoa humana concreta.

Não se mostra suficiente estruturar um regime jurídico no qual imperam a pessoa humana em sentido concreto e a garantia de igualdade para a inclusão das pessoas com deficiência e, ao mesmo tempo, fixar um regime protetivo que só beneficia uma das partes envolvidas, impondo à outra, inclusive, o ônus de que sua conduta não está maculada pelos vícios de consentimento (erro, dolo, coação, etc.).

Quem contratará sabendo que o contrato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário com a obrigação de provar que a pessoa com deficiência possuía capacidade de entender e querer no momento da celebração do ato? Sabedores desses riscos e possibilidades, os contratantes, principalmente as instituições financeiras, solicitaram dessas pessoas a assistência do curador, que terá que ajuizar ação de curatela ou pedido de tomada de decisão apoiada.

Com isso, corre-se o risco de, a despeito da existência de uma legislação que garante à pessoa com deficiência o pleno exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, o desempenho dos atos da vida civil no mundo real, na prática, a exemplo da contratação de empréstimos bancários, não ocorrer adequadamente sem a intervenção do Poder Judiciário. E nem se diga que a instituição financeira, ao agir dessa maneira, está descumprindo a CDPD ou o EPD.

Esclareça-se, ainda, que esse raciocínio não impede que o negócio jurídico celebrado pelo deficiente possa vir a ser anulado em razão de sua incapacidade por ocasião da realização do ato negocial, mas apenas impõe a ele o ônus de provar judicialmente durante determinado período de tempo que essa incapacidade era preexistente ao ato negocial e que alterou substancialmente sua vontade de compreensão.

Quando a Convenção estabelece no artigo 12, parágrafo 5º, que os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens, não autoriza apenas a criação de políticas públicas ou de atos

normativos. Sua intenção é alcançar a interpretação, a aplicação e a própria efetividade da Convenção e do Estatuto, que só é vista e mensurada nos desejos, nos projetos e nas aspirações diárias dessas pessoas.

Portanto, a efetividade<sup>75</sup> da Convenção e do Estatuto depende dessa compreensão, e será maior ou menor a depender de como serão interpretados e aplicados os atos jurídicos celebrados pelos e com os interditos, sob pena de ser apenas mais um instrumento legal de princípios e propósitos louváveis, que não conseguiu concretizar aquilo que prometeu.

*4.4.4 É possível sustentar que contra essa mesma pessoa, que é considerada plenamente capaz pelo Estatuto, mas que não consegue exercer pessoalmente sua vontade, correrão prescrição e decadência (artigo 198, inciso I, e 208, CC/2002)?*

Já foi demonstrado no trabalho que a capacidade legal mencionada pelo EPD compreende também a capacidade de exercício, o que torna possível um incapaz celebrar negócios jurídicos. Como dizem Menezes e Teixeira (2016, p. 594), “a capacidade jurídica (capacidade de fato e de gozo) reconhecida às pessoas com deficiência não se subsume apenas ao plano dos direitos existenciais, mas também se expande para a seara patrimonial, a considerar o art. 12, item 5”.

Partindo desse pressuposto e do fato de que a Convenção retirou a pessoa com deficiência do sistema assistencialista visando à sua plena inclusão social e cidadania, é de admitir-se que contra essa mesma pessoa, que é considerada plenamente capaz pelo Estado, mas que não consegue exercer pessoalmente sua vontade, correrão prescrição e decadência, pelo simples fato de não ser mais considerada incapaz. “Essa proteção, segundo a inteligência dos artigos 198, I e 208 do CC/02, dirige-se especificamente aos absolutamente incapazes” (SANTOS, 2016, p. 31).

Não se mostra coerente admitir que essa mesma pessoa considerada capaz seja incapaz apenas para não ser prejudicada pela prescrição ou decadência. Não se deve esquecer que a regra da EPD é a plena garantia do exercício da capacidade legal por parte da pessoa com transtorno mental em igualdade de condições com os demais sujeitos (artigo 84, EPD).

Ora, se o Estatuto concede ao deficiente a liberdade para praticar todos os atos da vida civil, sem a representação ou assistência, em igualdade de condições com os demais sujeitos, nada mais justo do que compartilhar os ônus e ônus previstos na legislação para

---

<sup>75</sup>O conceito de efetividade aqui empregado é o desenvolvido por Barroso (2011, p. 329), que significa “atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”.

todas as pessoas que são consideradas capazes pela lei. A política de inclusão do deficiente não pode ser vista apenas como uma via de mão única, em que se aplica apenas a legislação que o beneficia.

A prevalecer o entendimento de que não correm prazos prescricionais e decadenciais contra o deficiente, dificilmente encontrará uma pessoa para negociar, por pairar sobre os negócios firmados a possibilidade de serem revistos a qualquer tempo, *ad aeternum*. Diante desse cenário, o outro contratante exigirá que o incapaz seja assistido pelo curador, que deverá ingressar em juízo para obter essa autorização e conhecer a extensão e os limites desse auxílio, o que já contraria a filosofia do EPD de que a pessoa com deficiência é legalmente capaz e pode atuar sozinha na tomada de decisão, conquanto possa se valer dos institutos assistenciais.

*4.4.5 A pessoa considerada capaz pelo Estatuto responderá com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros. Acerca da responsabilidade civil dos incapazes, a regra (ainda vigente?) é a de que a responsabilidade recai sobre seus representantes legais (artigo 928, CC/2002)?*

O mesmo raciocínio desenvolvido para entender que contra o deficiente correm os prazos prescricionais e decadenciais aplica-se para entender que a pessoa considerada capaz pelo Estatuto responderá com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros, tendo em vista que a regra do artigo 928 do CC/2002 aplica-se somente ao incapaz. A pessoa com deficiência possui plena capacidade de gozo e de fato, e não poderá se beneficiar de uma regra dirigida exclusivamente ao incapaz.

Consequência disso é que sua responsabilidade não é mais subsidiária, responderá exclusivamente com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros, e não com os bens dos seus representantes legais, pais, tutores ou curadores. Na visão de Carvalho Barros (2018, p. 210), “o novo tratamento conferido aos deficientes, dotando-os de plena capacidade civil, só poderia ter sido estabelecido com um considerável conjunto de medidas de salvaguarda”, cuja ausência de previsão violaria o princípio da isonomia substancial.

Acontece, porém, que a CDPD e o próprio EPD não consideram o deficiente como uma pessoa inferior às demais. Essa visão de que o deficiente necessita de proteção jurídica diferenciada (regime jurídico anterior da dignidade-vulnerabilidade) restou superada pela adoção da dignidade-autonomia, em que o deficiente é visto como uma pessoa que tem necessidade de liberdade concreta para agir no mundo negocial.

Da mesma forma, por ser pessoa plenamente capaz, não se aplica mais ao deficiente a regra da doação prevista no artigo 543 do CC/2002, que se aperfeiçoa independentemente de sua vontade. Para a lei, há uma presunção de vontade quando se trata de incapaz. Contudo, por não ser mais incapaz, a doação feita ao deficiente exige sua aceitação expressa ou tácita, mas nunca presumida, como outrora ocorria. Pelo mesmo motivo, também será válida e eficaz a quitação de dívida dada pelo deficiente, enfermo ou excepcional, não tendo mais serventia o artigo 310 do CC/2002.

Contudo, as pessoas judicialmente interditadas antes da vigência do Estatuto permanecem na condição de incapazes e sob a tutela do regime protetivo dos artigos 166, inciso I, 171, inciso I, 198, inciso I, 208, 310 e 543, todos do Código Civil.

*4.4.6 Qual será a função do curador de pessoa capaz? Reger a pessoa e administrar bens do incapaz ou só administrar seu patrimônio? Como resolver o conflito entre o parágrafo único do artigo 1.550 do CC/2002 e o artigo 85 e seu parágrafo do Estatuto, se a vontade é elemento essencial ao casamento e não pode ser manifestada pelo curador? Isso não estaria descaracterizando o caráter personalíssimo do casamento?*

O parágrafo 1º do artigo 84 do EPD autoriza a curatela da pessoa com deficiência, quando necessário. Por ser capaz, não poderá ser representada ou assistida, mas poderá ser submetida à curatela ou à tomada de decisão apoiada quando houver deficiência mental ou intelectual, e nesse caso o curador exercerá a função de mero assistente do curatelado, por ser a medida que causa menos interferência na liberdade e na prática dos atos patrimoniais, negociais e existenciais, além de ser a mais adequada ao paradigma social da inclusão, que procura integrá-lo ao mundo negocial.

Como o EPD restringiu os efeitos da curatela aos aspectos patrimoniais e negociais (artigo 85, EPD), não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto do deficiente (§ 1º do artigo 85 do EPD), a curatela será necessariamente parcial, limitada a determinados atos, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso (§ 1º do artigo 84 do EPD), procurando privilegiar sempre a autonomia de vontade daquele portador de alguma necessidade.

Por ser assim, o instituto que mais se aproxima dessa realidade é o da assistência, que deverá ser adequado aos ditames do EPD e às necessidades do curatelado. O instituto da representação pode passar a impressão de que a vontade do deficiente não será levada em

consideração, como ocorria no regime anterior, quando, na verdade, o indivíduo poderá participar dos atos da vida civil de forma plena.

O Estatuto acrescentou um § 2º ao artigo 1.550 do Código Civil, para dizer que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia<sup>76</sup> poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu representante ou curador”. Contudo, segundo o artigo 85 do Estatuto, o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, o que resulta numa aparente contradição entre os artigos 1.550 do CC/2002 e 85 do Estatuto.

Uma leitura rápida dos citados artigos pode indicar a existência de um conflito. Contudo, uma leitura mais atenta permite concluir que se trata apenas de um conflito aparente, e não real, que pode ser satisfatoriamente solucionado.

Quando o EPD diz que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, está a dizer que os atos existenciais, quando passíveis de ser realizados, podem e devem sê-lo pessoalmente pela pessoa com deficiência mental ou intelectual. Essa é a regra por expressa opção legal. Excepcionalmente, quando isso não for possível, nada impede que lhe seja nomeado um curador, *ope judicis*, para ajudá-lo a praticar esses atos, porque a legislação não vedou a utilização da curadoria nos atos existenciais, apenas disse que a curatela não alcança, em nível abstrato, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Portanto, o que não é possível é a nomeação de um curador para atuar tanto nos atos de natureza patrimonial e negocial e nos existenciais sem a demonstração de que a ampliação da curatela é uma necessidade que visa atender exclusivamente os interesses, desejos e sentimentos do incapaz, é dizer, sem desprezar completamente a vontade do incapaz, apenas como medida de proteção. A ideia é não impossibilitar o incapaz da escolha, mas ajudá-lo a tomar essa decisão, como explicam Barboza e Almeida (2016, p. 266): “Embora as situações existenciais em pauta devam ser analisadas com bastante cautela para que não haja cerceamento de direitos, o eventual recurso ao Judiciário é admissível em nome da proteção da pessoa com deficiência.”

Também nesse mesmo sentido é a posição de Menezes (2016, p. 8), para quem, “a depender de cada caso, fixa-se o âmbito da vida da pessoa no qual o apoio será conferido. É

---

<sup>76</sup> Da forma como se encontra. O correto seria idade núbil (SIMÃO, 2015b).

possível que alguns casos requeiram apoio quanto às decisões jurídicas patrimoniais, enquanto outros demandem apoio para as decisões que impactam na esfera não-patrimonial”

Não se discute que a vontade é elemento essencial do casamento. De fato, não há que se falar em casamento sem manifestação de vontade, mas isso não significa dizer que se trata de ato personalíssimo, já que o artigo 1.542 do Código Civil autoriza o casamento celebrado mediante procuração pública com poderes especiais. No caso do casamento do incapaz, o curador atuará em nome daquele, à semelhança do que ocorre com o suprimimento de idade para casar (artigo 1.517, CC/2002).

Frise-se, contudo, que a atuação do curador em atos existenciais não será possível quando o próprio ato a ser realizado seja de natureza personalíssima, como é o caso do testamento, que não pode ser feito por procuração pública ou particular.

## **5 CONCLUSÕES**

Não há dúvidas que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente a capacidade civil das pessoas portadoras de deficiência mental, para atender à proposta constitucional de inclusão social e de autodeterminação dessas pessoas, cuja necessidade de proteção será avaliada sempre no caso concreto, e não mais abstratamente, como ocorria com o sistema protetivo estabelecido pelo Código Civil, que desprezava completamente a vontade delas.

Não há mais pessoa considerada abstratamente incapaz em razão de algum tipo de deficiência. A regra é a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, e a necessidade de proteção passa a ser avaliada caso a caso, concretamente. Sem sombras de dúvidas, o EPD suplantou definitivamente o sistema formalista e abstrato de proteção dos deficientes pelo modelo concreto de proteção, por ser incompatível com o novel modelo de dignidade-liberdade inaugurado no Brasil pela CF/88, no qual o deficiente tem sua vontade respeitada.

A inversão da lógica protetiva, entretanto, não implica afirmar que a consolidação dessa guinada seja fácil e tranquila ou que esteja imune a críticas, discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais. A imaginar pelas inúmeras críticas doutrinárias e os diversos problemas jurídicos que estão à espera de solução, o primeiro esforço do operador é

justamente tentar defender a tese de que o modelo protetivo proposto pelo EPD é superior e atende satisfatoriamente às necessidades e aos interesses das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Contudo, o esforço do operador do Direito não deve se limitar apenas a defender a superioridade do modelo de proteção proposto pelo EPD. Longe disso. Deve-se exigir dele uma postura interpretativa de efetivação das disposições tendo como referencial teórico e filosófico o arcabouço esboçado pelo próprio Estatuto, que tem como fonte a dignidade-liberdade da pessoa com deficiência mental ou intelectual.

Por essa razão, o modelo teórico que serviu de base ao neoconstitucionalismo deve ser acatado com parcimônia pelos cientistas do Direito, para que os propósitos da Convenção e do Estatuto não sejam substituídos por decisionismos, provocando insegurança jurídica e ameaçando a própria efetividade do EPD, da autonomia do Direito Privado e dos indivíduos.

Como consequência direta desse entendimento, deve-se respeitar a premissa de que a ponderação não é critério geral de aplicação do Direito. Logo, mesmo que esteja autorizado a decidir por princípios, o que é uma atividade extraordinária, o cientista do Direito, não deve, em nome do movimento impreciso e genérico do pós-positivismo, desprezar os institutos jurídicos, sua natureza jurídica, características e a própria epistemologia do Direito Civil. O referencial teórico do pós-positivismo não foi capaz de superar a tradição do *civil law*.

A efetivação do modelo social de inclusão passa muito pelo *modus operandi* dessa interpretação, que não pode ser feita desprezando-se a previsibilidade e a segurança jurídica, necessárias para que terceiros tenham interesse em negociar com pessoa deficiente, e somente uma interpretação na qual prevaleça a subsunção como regra poderá alcançar esse desiderato. Entende-se que a técnica da subsunção no positivismo deve ser adotada para afastar qualquer tentativa de retorno ao sistema protetivo que vigorava anteriormente, o da dignidade-vulnerabilidade, em que existe a presunção abstrata de incapacidade civil das pessoas deficientes e um regime jurídico destinado a protegê-la.

Assim sendo, por ser a regra a capacidade civil e a plena garantia do exercício pessoal dessa capacidade por quem apresenta transtorno mental em igualdade de condições com os demais sujeitos, mostra-se justo e razoável entender que não se aplicam a tais pessoas a ideia de domicílio necessário (artigo 76 do CC/2002), as regras relativas às obrigações necessárias e indivisíveis (artigo 105 do CC/2002), a causa impeditiva de prescrição (artigo 198, inciso I, CC/2002), a decadência (artigo 208 do CC/2002), a impossibilidade de dar

quitação (artigo 310 do CC/2002), a inexistência de aceitação da doação (artigo 543 do CC/2002), e a regra da responsabilidade subsidiária (artigo 928 do CC/2002), além de todas as demais disposições legais que tenham fundamento na necessidade de proteção dos deficientes.

Trata-se, pois, de evidente silêncio eloquente, em que o legislador não se esqueceu de se pronunciar sobre o regime protetivo antes estendido regime jurídico à pessoa com deficiência mental. Isso significa dizer, portanto, que contra essa mesma pessoa, que é considerada plenamente capaz pelo Estatuto, mas não que não consegue exercer pessoalmente sua vontade, correrão prescrição, decadência e responderá com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros.

Também não se mostra coerente com os propósitos do Estatuto qualquer tentativa de exercício de ponderação ou sopesamento da dignidade da pessoa humana com o princípio da isonomia substancial ou qualquer outro princípio tendente a resgatar o sistema de proteção utilizado pelo Código Civil. Além de representar uma grave violação ao próprio Estatuto, principalmente ao pilar da capacidade civil dos deficientes, também não contribui para a plena inclusão social dessas pessoas no mundo negocial, pois, mesmo sendo capazes, ainda gozam do sistema protetivo, que foi desenvolvido para pessoas incapazes.

Caso seja admitido o exercício da ponderação ou do sopesamento para sustentar a aplicação do regime protetivo, terceiros exigirão dessas pessoas uma sentença judicial que fixe claramente os limites da curatela e a responsabilidade dos curadores, o que não se mostra coerente com a finalidade do Estatuto, que foi conferir a essas pessoas o pleno exercício da capacidade civil, independentemente da ajuda de terceiros.

Isso não significa, porém, em hipótese alguma, que esteja autorizada interpretação que possa conduzir a pessoa com deficiência ao mais completo desamparo, muito menos a conclusão de que na dúvida sobre o regime jurídico a ser aplicado sempre se deve optar pelo que lhe for mais favorável. O que o EPD prevê é que, na dúvida, deve ser reconhecida a autonomia da pessoa com deficiência para decidir sobre sua própria vida, que nada mais consiste do que na aplicação do princípio do *in dubio pro capacitas*, mas isso não autoriza que se decida, caso a caso, se a pessoa com deficiência tem direito ou não ao regime protetivo. Quanto a esse não há qualquer margem para dúvida: o juízo é de subsunção.

A utilização da técnica do sopesamento ou ponderação, contudo, caberá, em cada caso concreto, na ausência de norma decorrente de claro e evidente lapso legislativo, para compatibilizar a validade da autonomia conferida ao incapaz com a segurança jurídica, a previsibilidade e os demais interesses das pessoas contratantes, competindo ao jurista levar

em consideração todos os interesses merecedores de igual proteção no caso concreto, sem precedência abstrata dos interesses das pessoas com deficiência sobre os interesses da pessoa que com elas contratar.

No caso, por exemplo, de o incapaz considerado capaz pelo Estatuto, que ainda não foi submetido ao processo de curatela, vir a realizar negócios jurídicos sem a assistência do curador, cabe-lhe provar a sua incapacidade, e não ao outro contratante, por ser a categoria das anulabilidades a que melhor resguarda os interesses de terceiros. A higidez mental há de ser aferida quando da celebração do negócio jurídico, cabendo ao incapaz alegar e provar algum vício de consentimento que possa ensejar a anulabilidade do negócio celebrado.

Nessa perspectiva, não há que se falar em revogação do EPD pelo CPC/2015, mesmo que se trate de norma com vigência posterior àquele, por não ser fundamental à solução dessa problemática o critério da publicação ou da vigência, mas sim o caráter constitucional tanto da CDPD quanto do EPD em primeiro plano, e o princípio *pro persona* ou *pro homine* em segundo plano, por terem referidos diplomas normativos o propósito de minimizar os impactos da deficiência e inaugurar uma nova sistemática de proteção e promoção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, afastando-as do estigma da exclusão, em obediência ao comando constitucional da dignidade da pessoa humana.

Caso se admita a tese de que o CPC/2015 revogou o EPD, o instituto da autotutela, por exemplo, será retirado do ordenamento jurídico brasileiro, o que não se mostra compatível com a filosofia do EPD, que conferiu à pessoa deficiente plena capacidade civil para decidir o que é melhor para sua vida, o que inclui, obviamente, a faculdade de o próprio incapaz decidir acerca da necessidade, ou não, da utilização dos institutos assistenciais.

Além disso, quando o Estatuto diz que atua como base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, está a dizer que suas disposições encampam os objetivos consagrados pela Constituição e pela CDPD. Ora, se a própria Convenção autorizou o EPD a agir segundo suas disposições, não faz sentido admitir que uma legislação infraconstitucional, como é o caso do CPC/2015, possa revogá-lo.

É a partir dessa visão que a teoria das incapacidades e os institutos da interdição e da curatela se desapegam do caráter patrimonial e passam a encarar a pessoa como centro de referência do *status personae*, cujo objetivo somente será alcançado conferindo à CDPD e ao EPD status de norma constitucional, que tem na dignidade da pessoa humana um vetor interpretativo, sem que isso importe, contudo, na destruição epistemológica dos institutos do Direito Civil, da segurança jurídica e da previsibilidade, igualmente importantes para a efetivação da CDPD, do EPD e do Código Civil.

O EPD não tem o condão de mudar a realidade das pessoas que, apesar de serem abstratamente consideradas como capazes, continuam sem condições psíquicas e intelectuais para realizar seus projetos pessoais. Contudo, para essas pessoas previu mecanismos assistenciais que respeitam seus desejos, preferências e vontades, e devem ser utilizados para auxiliá-las a tomar suas próprias decisões, não sendo lícito substituir a vontade do incapaz ou ultrapassar os limites e os propósitos fixados na sentença de curatela.

Assim, caso a pessoa considerada capaz pelo EPD não consiga manifestar sua vontade nos atos cotidianos da vida civil, a melhor interpretação é a que prega a hibridização dos institutos da assistência e da representação, em que o curador terá também a função de representá-lo.

Da mesma forma, também não há que se falar em relativização da coisa julgada, para que a nova lei abarque os deficientes mentais considerados por sentença prolatada antes de sua vigência como absolutamente incapazes, tornando-o plenamente capazes. Isso porque o próprio Estatuto trouxe modelo de regime jurídico das incapacidades completamente diferente do CC/02, que não mais permite a interdição total das pessoas e a sua substituição para os atos de natureza patrimonial e existencial.

O EPD estabelece que o cientista do Direito deve verificar a adequação do sistema protetivo às necessidades específicas da pessoa com deficiência, preservando sua liberdade e autonomia, sendo possível a nomeação de curador para atuar tanto nos atos de natureza patrimonial e existencial quando for estritamente necessário para atender exclusivamente os interesses, desejo e sentimentos do incapaz, mas sem desprezar completamente a sua vontade, apenas como medida de proteção.

Como o incapaz tem liberdade para agir, caso venha a atuar sem a intervenção do curador, quando já se encontrava sob curatela judicial, entende-se que o negócio firmado será nulo (art. 166, inciso I, CC/02) ou anulável (art. 171, inciso I, CC/02), a depender da extensão e dos limites da curatela fixados na decisão judicial.

É com esse desiderato que os diversos questionamentos apresentados pela doutrina devem ser resolvidos, e as soluções elaboradas não podem violar as alterações promovidas no CC/2002, muito menos o projeto constitucional de inclusão social das pessoas com deficiência e o tratamento humanitário a elas conferido.

É preciso muito cuidado para que os institutos da curatela e da tomada de decisão não sejam utilizados como verdadeiro mecanismo de substituição da vontade do incapaz, nem as alterações, os conflitos e os impactos sejam solucionados de modo a aniquilar a vontade e a liberdade das pessoas com alguma deficiência, mantendo-as sob um regime jurídico protetivo

e interpretativo que não mais existe e não encontra guarida na Constituição, na CDPD, no EPD e no Código Civil, que tutela com igual intensidade os interesses de todas as pessoas.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545-568.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 303-319.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 11, p. 6455-6506, 2012.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; BUBLITZ, Michelle Dias. Notas sobre o estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) e a alteração da curatela e do regime de capacidade. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n. 3, p. 707-727, set./dez. 2016.

ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no direito. **Novos estudos jurídicos**, v. 17, n. 2, p. 144-160, 2012.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (Rede)**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autotutela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 569-592.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 7, v. 1, p. 18-30, jan./jun. 2006.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 259-278.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 67-90.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; LEBA. 2012. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n.12, p. 305-306, jul./dez.2012.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 249-274.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 6, ano 3, p. 211-252, 2º sem. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova

interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BENTO, Milani M. **Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo: postulados e diferenças**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma visão crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 161-184.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: RED, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.

BUFULIN, Augusto Passamani; SANTOS, Katharine Maia dos; REINHOLZ, Rayanne Otília. As repercussões do Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades. **Revista de Direito Privado: RDPriv.**, São Paulo, v. 19, n. 86, p. 17-36, fev. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 9-12.

- CARNIO, Henrique Garbellini. O que é direito? Acepções teórico-filosóficas. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca (coord.). **Temas aprofundados**: magistratura. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 445-463.
- CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalidade do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, 2015.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição - Direito constitucional positivo. 13. ed. rev. e atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO BARROS, André Borges de. Os efeitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência: o sistema brasileiro de incapacidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 988, ano 107, p. 195-214, 2018.
- CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil**: Lições. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologia da legislação: Código Civil versus Constituição? *In*: SILVA, Artur Stamford (org.). **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011. p. 59-66.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 75-98.
- COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa. A inconstitucionalidade da proposta de retorno à incapacidade da pessoa com deficiência (PLS 757/2915) frente à Convenção de Nova Iorque. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 13, n. 3, p. 9709-9794, 2018.
- CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**, 3 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 15 out. 2018.
- CRESCE número de pessoas com deficiência no mercado de trabalho formal. **Governo do Brasil**, 27 set. 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/09/cresce-numero-de-pessoas-com-deficiencia-no-mercado-de-trabalho-formal>. Acesso em: 15 out. 2018.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. **Revista de direito privado**, São Paulo, ano 17, v. 66, p. 57-82, abr./jun.

2016.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Editorial 187**: Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. 6 ago. 2015. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/es/editorial/editorial-187>. Acesso em: 19 set. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-14.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago. 2016. eISSN 2317-3580. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426/pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-75.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 13-30.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZAROBBA, Orides. O Direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo pro persona no caso mexicano. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 156-182, jan./jun. 2018.

FIDELIS, Márcia. O impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência nos serviços notariais e de registro. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 661-686.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n. 2, p. 37-77, 2012.

FRIZZERA, Mariana Paiva; PAZÓ, Cristina Grobério. A aplicação da teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio na solução da antinomia entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Estatuto da Pessoa com deficiência. **Revista Videre**, Dourados-MS, v. 10, n. 18, 2. sem. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **É o fim da interdição?** [2016]. Disponível em: <http://flavio.tartuce.jus.br/artigos304255875/e-o-fim-da-interdição-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 16 jan. 2016.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. Controle de constitucionalidade e os processos de integração – Mercosul. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 12. ed. de acordo com a Lei n. 12.874/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. I, tomo I (Anotado por José de Aguiar Dias).

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 49-74.

HARMATIUK, Ana Carla; ZIGGIOTTI, Lígia. Além do estatuto da pessoa com deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos direitos humanos. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 111-130.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 139-178, 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF, 2009.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. **Migalhas**, 12 ago. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048--destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em: 15 out. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Revista Consultor Jurídico**, 16 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 4 fev. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, p. 82-94, jul./dez. 2016.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. 9. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça**

possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINES, Fernando. "Sandálias da humildade". Ministros criticam juízes que decidem baseados na moralidade. **Revista Consultor Jurídico**, 17 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/ministros-criticam-juizes-decidem-baseados-moral>. Acesso em: 8 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Col. Direito e ciências afins, v. 4).

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia. **Estudo do programa de transferências de renda para a população com deficiência e suas famílias no Brasil: uma análise do benefício de prestação continuada**. Brasília, DF: Ipea, 2006. (Texto para discussão, n. 1184).

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 713-732.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, p. 1-27, jan./jun./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 509-544.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, ano 17, v. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 396, p. 89-104, mar./abr. 2008.

MORESO, José Juan. Conflictos entre princípios constitucionais. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 99-121.

NINO, Carlos Santiago. Derecho, moral y política. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho**, n. 14, p. 35-46, 1993.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 794, p. 35-62, dez. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, 50).

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. I.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves; ANDRADE, Daniel de Pádua. O conceito da capacidade legal na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFMS**, v. 13, n. 3, p. 948-969, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional: Constituição e democracia. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119-139.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121-146.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1978.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 187-210.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REIS JUNIOR, Antonio dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 185-223.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/Maurício-Requião-estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 16 jan. 2019.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 6, ano 3, p. 37-54, jan./mar. 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrado. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 17, n. 99, p. 37-46, jan./fev. 2016. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099\\_miolo.pdf](http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf). Acesso em: 18 nov. 2016.

ROCHA, Sergio André. Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo. **Lex Humana, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP**, Petrópolis, n. 1, p. 77-160, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, n. 143, v. 2, p. 43-66, 2011.

ROMANO, Rodrigo Ribeiro. A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional. *In*: MOURA, Lenice S. Moreira de (org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 441-456.

ROSENVOLD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 91-110.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2. tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 131-159.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 123-158.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Ivana Assis Cruz dos. O estatuto da pessoa com deficiência e as alterações no Código Civil de 2002. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 17, n. 99, p. 27-36, jan./fev. 2016. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099\\_miolo.pdf](http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf). Acesso em: 18 nov. 2016.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado: Introdução e Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Livraria Freitas Batista, 1953. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 4, p. 162-184, out./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-30, jul./set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Sarlet-civilistica.com-a.-1.n.1.2012.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 31-68.

SCHULMAN, Gabriel. Impactos do Estatuto da Inclusão da Pessoa com Deficiência na saúde: “acessibilidade” aos planos de saúde e autodeterminação sobre tratamentos. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 763-794.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha. O caminho da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: onde estamos? **R. Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 13-43, jan./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, 6 de agosto de 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 out. 2018.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Revista Consultor Jurídico**, 7 de agosto de 2015b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 15 out. 2018.

SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do Direito Civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei n. 13.146/2015). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 70, ano 17, p. 135-150, out. 2016.

SOUSA, Cláudio Roberto Alfredo; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; ANDRADE, Layanna Maria Santiago. O novo conceito de deficiência e a coisa julgada nas ações de incapacidade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 74-92, jul./ago. 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do sistema das incapacidades. **Civilística.com**, ano 5, n. 1, p. 1-37, 2016.

STOLZE, Pablo. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 17, n. 99, p. 17-21, jan./fev. 2016. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099\\_miolo.pdf](http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf). Acesso em: 18 nov. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em *Terrae Brasilis*. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito da família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016a. v. 5.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

TARTUCE, Flávio. Estatuto da pessoa com deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil. **Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015**, ano 13, n. 77, mar./abr. 2017.

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do Direito Constitucional. *In*: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 13-30.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; BORGES E SILVA, Beatriz de Almeida. Reflexões sobre a autotutela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 319-362.

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

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 227-247.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

VIEGAS, Cláudia Maria de Almeida Rabelo. As alterações da teoria das incapacidades, à luz do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 17, n. 99, p. 9-16, jan./fev. 2016. Disponível em: [http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC% 2099\\_miolo.pdf](http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2016.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: introdução e parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

XAVIER, Luciana Pedroso. O *trust* como instrumento de proteção das pessoas com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 687-712.