



Volume 25

N. 2

2020

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade semestral

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

COMISSÃO EDITORIAL

André Simões Chacon Bruno (USP)
Alessandra Cristina Furlan (UEL)
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Daniela Braga Paiano (UEL)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 25, n. 2– 2020
Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2020. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR	4
A LEI DE MIGRAÇÃO E SEU IMPACTO NA QUESTÃO DOS REFUGIADOS NA REGIÃO DO VALE DO ARAGUAIA/MT	6
SILVA, Camila Teodoro de Lima e	6
ANDREOTTI, Rosimeire Cristina.....	6
ESTATUTO DO REFUGIADO E LEI 13.445/17: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL	27
YAROS, Maria Eduarda de Camargo	27
BREGA FILHO, Vladimir	27
SOBERANIA SUPRACONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARADIGMA DE CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	45
PRAZERES, Paulo Joviano Alvares dos	45
PRAZERES, Karla Luzia Alvares dos	45
OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALISTAS DO PENSAMENTO POLÍTICO DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE	57
LEITE, Leonardo Delatorre	57
JUNQUEIRA, Michelle Asato.....	57
A HORIZONTALIDADE DO PODER LEGISLATIVO E OS FREIOS E CONTRAPESOS: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL SOBRE O VIÉS DA DEMOCRACIA E DOS ATOS DO CHEFE DO ESTADO	79
MELO, Tatiane Donizete de Araujo.....	79
PEGORARO, Luiz Nunes	79
A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE NO NOVO CPC: ENTRE A ESTABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A FOSSILIZAÇÃO DA VIDA INTERPRETADA	98
LIMA, Lucas Correia de.....	98
DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES PARA QUE NÃO SE TORNE (APENAS) UM IMPERATIVO CATEGÓRICO DA MORALIDADE	119
JUNQUEIRA, Laura	119
BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza.....	119
LIGERO, Gilberto Notário.....	119
O AMOR NA MODERNIDADE E A EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO ENQUANTO NEGÓCIO JURÍDICO	136
SANTOS, Franciele Barbosa.....	136
PAIANO, Daniela Braga	136
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SISTEMA PRISIONAL: O CÁRCERE COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO FORMADOR DE CRIMINOSOS	156
CHIQUETTI, Lucas Mantovani.....	156

NOTA AO LEITOR

A 26ª edição da Revista Intertemas nasce em um período muito difícil para o Brasil e para o mundo, em um tempo de incertezas, turbulências e muitas informações.

E é neste contexto que pesquisadores mais uma vez se lançaram ao desafio de pesquisar e produzir conhecimento, em um momento em que o conhecimento tem sido cada vez mais necessário, principalmente, por conta do número de informações, por vezes tão desconectadas da realidade que temos visto atualmente.

Sendo assim, convido cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, tendo em vista o momento que estamos vivendo.

Desejo uma ótima leitura.

Cordialmente,

Ana Carolina Greco Paes
Editora da revista Intertemas

SOBERANIA SUPRACONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARADIGMA DE CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

PRAZERES, Paulo Joviano Alves dos¹⁵
PRAZERES, Karla Luzia Alves dos¹⁶

RESUMO: Ao longo da história, a deficiência foi percebida como coisa sobrenatural e tratada como ameaça social, tendo as pessoas deficientes sido excluídas da sociedade, a exemplo do que ocorria com os loucos, leprosos ou aqueles considerados delinquentes. Observa-se que a pessoa com deficiência fora segregada de uma sociedade capitalista por não fazer parte de um modelo de produção, estando, portanto, na mira de uma sociedade disciplinar. Para Foucault as sociedades disciplinares, seriam um desdobramento de uma necessidade do modelo capitalista de produção, o pensador francês desvela um sistema de segregação dos ditos incorrigíveis em nome e pela defesa da sociedade. Verifica-se uma mudança de paradigma na atenção e respeito à pessoa com deficiência, que passou de objeto de estudo num modelo médico para ser compreendida enquanto protagonista de um contexto social, bem como ambiental, de verdadeira exclusão. Atesta-se que a experiência da deficiência não

¹⁵ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Doutorando em Ciências da Educação pela Universidad Autonoma de Asuncion UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa UDE; Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Católica Paulista FACAP; Especialista em Filosofia e Sociologia pela Faculdade Venda Nova do Imigrante FAVENI; Especialista em Direito Tributário pela Faculdade INESP; Especialista em Direito Público pela Faculdade Mauricio de Nassau FMN; Graduado no curso de magistratura e demais carreiras jurídicas pela Escola de Magistratura de Pernambuco ESMape; Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade UNIBF; Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional UNINTER; Licenciado em Pedagogia pela Faculdade FACESE; Licenciado em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí FAERPI; Graduado em Teologia pela Faculdade de Teologia Integrada FATIN; Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Pesquisador do grupo de estudos em Educação e Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba UFPB; Membro Associado e Avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; Presidente da Academia de Letras Jurídicas de Olinda; Advogado, Consultor Jurídico, Professor Universitário e de pós-graduações e cursos preparatórios, Presidente da Subseção da OAB Olinda-PE. Centro Universitário Cidade Verde UNIFCV

¹⁶ Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo. Bacharela em Ciências Contábeis pela Faculdade UNIBF. Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autónoma de Asunción. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau; Estudos de Perícias Forenses, Criminologia e Medicina Legal; Direito Tributário; e Saúde Pública com Ênfase em PSF pela Faculdade INESP. Aperfeiçoamento Jurídico no Curso de Preparação à Magistratura e Carreiras Jurídicas pela Escola da Magistratura de Pernambuco ? ESMape. Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de Olinda - AATO. Diretora Geral da Escola Municipal de Advocacia da OAB-OLINDA. Presidente da Comissão de Carreiras Jurídicas da Academia Brasileira de Ciências Criminais. Diretora Secretária Geral na OAB-PE Subseção Olinda. Aprovada na seleção pública, exercendo a função de Juíza Leiga do TJPE (2008-2012). Foi presidente da Comissão da Mulher Advogada (2015-2016). Foi Vice-presidente da Comissão do Direito do Trabalho (2016-2018). Foi Representante da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco (CAAPE) na Subseccional de Olinda (2015-2018). Membro fundador da Academia Olindense de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Criminais. Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica. Advogada, Consultora Jurídica, Professora Universitária e de Pós-graduações, Conciliadora e Mediadora inscrita no Cadastro Nacional de Conciliadores e Mediadores do Conselho Nacional de Justiça.

é resultado de uma lesão, dado isento de valor, e sim, de um ambiente hostil à diversidade, sendo, portanto, o resultado da interação de corpo em uma sociedade planejada para segregar os desvios da norma.

PALAVRAS-CHAVE: deficiência; capacidade; direito fundamental; direitos humanos.

ABSTRACT: Throughout history, disability has been perceived as something supernatural and treated as a social threat, with disabled people being excluded from society, as was the case with the crazy, lepers or those considered delinquents. It is observed that the person with disabilities was segregated from a capitalist society for not being part of a production model, and is therefore in the crosshairs of a disciplinary society. For Foucault, disciplinary societies would be an unfolding of a need for the capitalist model of production, the French thinker unveils a system of segregation of the incorrigible sayings in the name and for the defense of society. There is a paradigm shift in the care and respect for people with disabilities, which has gone from being the object of study in a medical model to being understood as the protagonist of a social, as well as an environmental context, of true exclusion. It is attested that the disability experience is not the result of an injury, a value-free data, but of an environment hostile to diversity, being, therefore, the result of the interaction of the body in a society designed to segregate deviations from the norm .

KEYWORDS: disability; capacity; fundamental right; human rights.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a deficiência foi percebida como coisa sobrenatural e tratada como ameaça social e as pessoas deficientes foram excluídas da sociedade, a exemplo do que ocorria com os loucos, leprosos ou aqueles considerados delinquentes.

Observa-se que a pessoa com deficiência fora segregada de uma sociedade capitalista por não fazer parte de um modelo de produção, estando, portanto, na mira de uma sociedade disciplinar.

A experiência da deficiência não é resultado unicamente de uma lesão, mas do ambiente social hostil à diversidade física. A lesão é um dado isento de valor, ao passo que a deficiência é o resultado da interação de um corpo com lesão em uma sociedade discriminatória, planejada para segregar os “desvios” da norma. (DINIZ, 2007, p.17)

Verifica-se uma mudança de paradigma na atenção e respeito à pessoa com deficiência, que passou de objeto de estudo num modelo médico para ser compreendida enquanto protagonista de um contexto social, bem como ambiental de verdadeira exclusão.

O advento da Estatuto da Pessoa com Deficiência é marco na legislação pátria de uma mudança juspositiva no respeito à dignidade da pessoa deficiente, alterando o Código Civil de 2002 e desconstruindo a teoria das (in)capacidades.

2 DIREITOS HUMANOS, ORIGEM E APLICABILIDADE

A afirmação de que todos os seres humanos possuem “direito a ter direitos” só é possível pela existência dos direitos humanos. A nova visão atribuída aos direitos humanos é fruto da internacionalização, que introduz a este núcleo de direitos características próprias. A partir da Segunda Guerra Mundial, a tutela dos direitos humanos deixou de ser apenas uma preocupação nacional, com mecanismos de proteção local, para passar a uma rede internacional de proteção, constituindo um dos temas centrais do direito internacional contemporâneo.

O direito internacional surgiu como proposta de linguagem universal, principalmente para possibilitar a salvaguarda desses direitos em todo o globo, o que culminou na flexibilização da soberania dos Estados. Foram criados sistemas de proteção, dentre os quais se encontra o Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Indaga-se de onde provém o embasamento para que alguém (desprovido de constituição de Estado e desprovido de domínio sobre um território e um povo, ou seja, desprovido de soberania) possa decidir conflitos em última instância pretendendo impor as suas decisões a todas as pessoas envolvidas, inclusive Estados nacionais soberanos. O embasamento só poderia repousar na manifestação de vontade anterior de quem ostenta esses atributos de soberania.

3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DO ESTADO

O direito internacional tem como característica basilar a inexistência de uma instituição responsável pela criação de leis que possa ser considerada hierarquicamente superior aos outros Estados para imposição de suas normas, ou seja, não há no direito internacional uma organização legislativa soberana supranacional. Essa característica é a principal diferença com relação ao Direito Interno, onde o Estado monopoliza o uso da força física, aliada aos poderes de soberania e determinação de normas, controlando o seu cumprimento através dos poderes que lhe são outorgados.

O Direito Internacional funciona como proposta de linguagem universal, pois reflete a sociedade que ele regula, avançando conforme as relações entre os membros dessa sociedade e, por isso, traz a possibilidade de suas normas serem consideradas válidas para todo o globo. Destarte, difere-se do Direito Interno, tanto no aspecto formal, quanto material.

Com relação ao primeiro aspecto “[...] a diferença da sociedade internacional para o Direito Interno baseia-se na sua estrutura, pelo fato de ali não existir um território determinado, dentro do qual vive certa população, coordenada por um poder soberano” (MAZZUOLI, 2011,

p. 49). Quanto ao segundo, a sociedade internacional difere-se da sociedade de pessoas sob a tutela do direito interno, pois “[...] as matérias que disciplina provém de um conjunto de Estados com poderes soberanos limitados (em razão da própria ideia de descentralização), e não de uma vontade única eleita pelos seus sujeitos para reger-lhes a conduta [...]” (MAZZUOLI, 2011, p. 50). Em relação a essa comparação, as diferenças entre o Direito Internacional e o Direito Interno residem, sobretudo, em torno da soberania, que está intrinsecamente ligada à condição de Estado.

A soberania é um dos elementos caracterizados do Estado, assim como o território e o povo (DALLARI, 2010). Pela concepção clássica a soberania caracteriza-se como o poder absoluto e perpétuo da República (BOBIO, 2000, p. 96). O conceito de soberania acabou se adaptando conforme os interesses e desenvolvimento do Estado ao passar dos séculos. Atualmente, a soberania já não é mais entendida no seu sentido absoluto, pelo contrário, é tomada como dependente da ordem jurídica internacional.

A partir da Segunda Guerra Mundial, a tutela de alguns direitos deixou de ser apenas uma preocupação nacional, com mecanismos de proteção local, para passar a uma rede internacional de proteção. O direito internacional dos direitos humanos, historicamente, é reflexo de um processo de violações verificado após os conflitos mundiais. Os inúmeros abusos ocorridos naquele período contribuíram para a preocupação global em proteger esses direitos enquanto marco jurídico-institucional de uma teoria geral dos direitos humanos.

A Declaração Universal de 1948 gerou uma modificação sintética no conceito de soberania do Estado e na própria atribuição de direitos ao indivíduo, que passou a ser conhecido na comunidade internacional como sujeito de direitos (LAMARÃO NETO, 2012). Concebeu-se no âmbito da comunidade nacional a ideia de que somente com a garantia, observância e respeito dos direitos humanos além dos limites territoriais de uma nação (observado seu universalismo) é que a tutela de direitos catalogados na Declaração e condensados sob o mesmo valor de proteção somente alcançaria o grau de efetividade desejável.

A partir da internacionalização fez-se necessária a proteção dos direitos humanos em escala mundial. Assim, com o objetivo de salvaguardá-los surgem os sistemas de proteção de ordem global e regional, a fim de estabelecer aos Estados Parte determinações para sua garantia e efetivação. Dentre eles, destacar-se-á o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Regional Americano), sobre o qual cinge-se o estudo.

4 SEGREGAÇÃO CONSCIENTE (POR QUE NÃO, INCONSEQUENTE)

Para Foucault as sociedades disciplinares seriam um desdobramento de uma necessidade do modelo capitalista de produção. O pensador francês desvela um sistema de segregação dos ditos incorrigíveis em nome e pela defesa da sociedade.

Foucault elenca em *Os anormais*, os elementos constitutivos desse grupo, tal como, “o monstro humano”, “o indivíduo a corrigir” e “o onanista”. “O indivíduo anormal”, que, desde o fim do século XIX, tantas instituições, discursos e saberes levam em conta, deriva, ao mesmo tempo, da exceção jurídico-natural do monstro, da multidão de incorrigíveis presos nos aparelhos de recuperação e do universal segredo das sexualidades infantis.” (FOUCAULT, 2014, p. 270)

O autor ainda destaca a teoria da degenerescência, como justificção social e moral, a todas as técnicas de identificação, de classificação e de intervenção sobre os anormais: a organização de uma rede institucional complexa que, nos confins da medicina e da justiça, serve, ao mesmo tempo, como estrutura de “acolhimento” para os anormais e como instrumento para a “defesa” da sociedade; [...]. (FOUCAULT, 2014, p. 270)

Em *A loucura e a sociedade*, Foucault descreve uma historiografia da loucura onde aponta o século XVII como marco do confinamento do louco, todavia ressalva o autor: “Mas é interessante observar que não é o louco, como louco, que foi excluído: o que foi excluído é toda uma massa de indivíduos irreduzíveis à norma do trabalho (2014, p. 331-332). A segregação, exclusão, confinamento e internamento dessa massa, não diz respeito ao confinamento como doentes e sim, como incapazes de integrar-se à sociedade” (FOUCAULT, 2014, p. 332).

Daí porque as instituições hospitalares antes do século XVIII eram, essencialmente, instituições assistenciais, ou mesmo asilares, de assistência aos pobres, como também de separação e exclusão. Ou seja, o objetivo não era a “cura” de doentes e sim mantê-los longe do convívio social.

5 O MODELO MÉDICO VERSUS O MODELO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA

O modelo médico considera a deficiência como um problema a ser resolvido através de tratamento individual prestado por profissionais com vistas a se obter a cura ou a adaptação da pessoa ao ambiente. Em outras palavras, pelo modelo médico, cabe à pessoa, e somente a ela, a tarefa de tornar-se apta a participar da sociedade. Para tanto, seu corpo precisa ser “consertado”, “adaptado” ou pior, “normalizado” para poder funcionar adequadamente em um ambiente social tal qual existe. O modelo social da deficiência começou na década de 1960, no Reino Unido, em contraponto às abordagens biomédicas. O

modelo social sustenta que a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas como uma questão eminentemente social e transfere para a sociedade a responsabilidade pelas desvantagens enfrentadas pelos indivíduos deficientes. (DINIZ, 2007, p. 15).

O modelo social da deficiência atribui novos significados às palavras como lesão e deficiência, entendendo-se lesão como a ausência parcial ou total de um membro, de um órgão ou a existência de um defeito num mecanismo corporal, já deficiência, seria a desvantagem ou restrição para exercer uma atividade causada pelo meio ambiente social hostil a todos os que têm lesões e os exclui da sociedade. De acordo com esse conceito, uma pessoa pode ter lesões e não experimentar a deficiência, se a sociedade estiver ajustada para incorporar a diversidade. Para o modelo médico a lesão levava à deficiência, para o modelo social, são os sistemas sociais excludentes que levam as pessoas com lesões à experiência da deficiência. (DINIZ, 2007, p. 17)

Conforme afirma Romeu Sasaki (1997, p. 28), o modelo médico recebia atenção até mesmo daqueles que pretendiam defender os direitos das pessoas com deficiência, para tanto aponta o artigo 7º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1975:

As pessoas deficientes têm direito a tratamentos médico, psicológico e funcional, inclusive aparelhos protéticos e ortóticos, à reabilitação física, à reabilitação social, à educação, ao treinamento e reabilitação profissionais, à assistência ao aconselhamento, ao serviço de colocação e a outros serviços que lhes possibilitarão desenvolver suas capacidades e habilidades ao máximo e acelerarão o processo de sua integração ou reintegração social.

Para o autor, o modelo médico da deficiência corroborou na relutância da sociedade em reconhecer que é necessário “mudar suas estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas portadoras de deficiência” porque esse modelo defende que “bastaria prover-lhe [à pessoa com deficiência] algum tipo de serviço” para solucionar seu “problema”. (SASSAKI, 1997, p. 29)

O modelo social, por outro lado, esclarece que a sociedade também tem responsabilidades na eliminação das barreiras que impedem a participação da pessoa com deficiência, sendo, portanto, a deficiência não um atributo do indivíduo, mas um complexo de condições que constituem um ambiente social segregador.

Pelo modelo social, não é a deficiência que determina o grau de participação de uma pessoa na sociedade. O grau de participação vai, isto sim, depender da capacidade (habilidade de acordo com o ambiente) e do desempenho possível da pessoa, num determinado contexto social. De tal modo, a deficiência sempre teve significados construídos histórica, ideológica e simbolicamente. Como resultado desses significados sempre

carregados de preconceitos, às pessoas com deficiência sempre foi atribuído um baixo valor social, acarretando sua marginalização e exclusão social. (CRESPO, 2011, p. 17)

6 A CONVENÇÃO DA ONU E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Homologada pela Organizações das Nações Unidas em 2006, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representa uma conquista em prol da concretização de direitos e garantias relativos às pessoas com deficiência. A Convenção consolida o dever da sociedade de eliminar as barreiras que dificultam, ou mesmo que impeçam, a participação social da pessoa com deficiência.

O vetor da referida Convenção é a vida digna da pessoa deficiente. Nesse sentido, são colocadas regras para promoção da autonomia e independência individual do cidadão, comprometendo os Estado a implementar medidas necessárias a integração das pessoas com deficiência à comunidade.

O Brasil tornou-se signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo em março de 2007. A promulgação dos termos da Convenção e do referido Protocolo ocorreu por meio do Decreto nº 6.949/2009, conforme rito qualificado, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Por consequência, alcançou assim, status de norma constitucional. Desde então, diversos projetos de lei foram objeto de discussão no âmbito das casas legislativas do país, culminando, na esfera federal, na elaboração da Lei nº 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz avanços na proteção da dignidade da pessoa com deficiência, tendo essa nova legislação alterado, principalmente, o Direito Civil quando trata da Teoria das incapacidade, o que também repercute em outros institutos, como o casamento, a interdição e a curatela, que contudo, não são objetos do presente trabalho.⁴

7 DAS MUDANÇAS NO SISTEMA DAS (IN)CAPACIDADES

A personalidade tem sua medida na capacidade, que é reconhecida através do art. 1º do Código Civil de forma universal, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”, não se fazendo qualquer distinção, em consonância com os postulados constitucionais.

Todo ser humano, desde o seu nascimento até a sua morte, tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil, não significando, todavia, que todos possam exercer pessoalmente tais direitos. Para aqueles considerados incapazes, embora a lei confira a prerrogativa de serem titulares de direitos, nega a possibilidade de pessoalmente exercê-los. Para Silvio Rodrigues (2003, p. 39), “incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos”.

Importante notar que a doutrina, a exemplo do civilista citado, asseverava um sentido protetivo na teoria das incapacidades a ponto de destacar: “O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las” (RODRIGUES, 2003, p. 39). Sem nenhum demérito ao doutrinador, sua postura não mais pode ser tolerada, não se busca proteger a pessoa dita vulnerável e sim tutelar seus direitos.

Na explicação de Menezes (2014, p. 68):

Toda restrição à capacidade de agir pode trazer prejuízos graves aos direitos de personalidade e à dignidade da pessoa, na medida que afeta a liberdade para a condução da vida e as escolhas de cunho existencial.

O Estatuto da Pessoa com deficiência consagrou o giro conceitual relativo à deficiência, que se dissocia da noção de incapacidade e, em uma perspectiva constitucional isonômica, compreende a pessoa com deficiência como sujeito com plena capacidade legal.

Nesse sentido, “A pessoa e não mais aquele sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, constitui o valor central do ordenamento jurídico.” (MENEZES, 2014, p. 58).

O artigo 3º do Código Civil Brasileiro, que anteriormente instituíra que a incapacidade absoluta era atribuída aos menores de dezesseis anos de idade, aos que careciam de discernimento para a prática de atos da vida civil, em razão de enfermidade ou deficiência mental, e aos que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória, hoje apenas conta com a primeira dessas hipóteses. Em outras palavras, o texto atual do art. 3º do Código Civil com redação dada pelo Estatuto, considera absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos.

Redação anterior do artigo do CC:

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.

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

Assim, no Direito Brasileiro, com a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, o único critério para incapacidade absoluta passa a ser o etário (menores de 16 anos), não havendo mais qualquer fundamento legal que autorize o reconhecimento da incapacidade absoluta por qualquer deficiência. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.

Já o artigo 4º do Código Civil, ao fixar as hipóteses de incapacidade relativa, retira a previsão de incapacidade pelo discernimento reduzido, proveniente de deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto. Por outro lado, a hipótese de impossibilidade de exprimir a vontade, por causa transitória ou não, é incluída no rol de incapacidades relativas.

Redação anterior do artigo do CC:

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

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os pródigos.

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

Redação atual do artigo do CC:

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

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

- IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

O inciso II do supracitado dispositivo foi modificado de forma considerável não fazendo mais referência às pessoas com discernimento reduzido, que não são mais consideradas relativamente incapazes, como antes estava disposto. Estando mantidas no diploma as menções aos ébrios habituais (entendidos como os alcoólatras) e aos viciados em

tóxicos, que continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com sentença judicial, para que sua incapacidade seja reconhecida.

Também foi alterado o inciso III do art. 4º do Código Civil, sem mencionar mais os excepcionais sem desenvolvimento completo. A nova redação dessa norma passa a enunciar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade, o que antes estava previsto no inciso III do art. 3º como situação típica de incapacidade absoluta. Agora a hipótese é de incapacidade relativa.

Isto posto, com a readequação do sistema de incapacidades, o Estatuto assegura à pessoa com deficiência o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Este é o conteúdo dos artigos 84 e seguintes do Estatuto, os quais fixam importantes diretivas para o panorama atual, *in verbis*:

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

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.
§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.
§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Através da análise do Código Civil de 2002 com as alterações sofridas a partir da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que o sistema de incapacidades engessado em um modelo rígido de enquadramento da pessoa como capaz, relativamente incapaz e absolutamente incapaz, passa a ser pelo menos mais humano, refletindo a partir das circunstâncias do caso concreto e no propósito maior, qual seja, a inclusão social da pessoa com deficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que, a tutela de direitos voltada para a pessoa com deficiência no ordenamento pátrio é exemplo do fenômeno da jusfundamentalidade, ou seja, atrair a uma situação jurídica existencial o caráter de fundamentalidade (DIAS, 2014, p. 33). A pessoa com deficiência passa a ter atenção especial do Estado e seus direitos situam-se como posições jurídicas jusfundamentais.

A noção de fundamentalidade constitui uma categoria ligada à atribuição de uma especial dignidade na proteção de um direito, o objeto de estudo do presente trabalho é exemplo desse fenômeno. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao integrar o ordenamento com *status* de norma constitucional, passa a ser indiscutivelmente direito fundamental mesmo estando fora do catálogo, como dispõe do art. 5º, § 2º da Constituição Federal. A fundamentalidade desse direito resta configurada para além do âmbito formal, sendo materialmente fundamental, pelo escopo de proteção a dignidade e autonomia da pessoa com deficiência.

A dissociação entre capacidade e deficiência já aponta como o reconhecimento dos direitos de personalidade devidos a todas as pessoas. De toda sorte, a mudança de paradigma não pode ser apenas legal, mas sim, deve ser moral, sendo necessário um giro na organização social e ambiental que prime pelo respeito às diferenças e promoção do exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N; MATTEUCCI, N; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: UnB, 2000.

CRESPO, Ana Maria Morales. **Pessoas deficientes, invisibilidade, saber e poder**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH • São Paulo, julho 2011. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1298916664_ARQUIVO_ARQUIVO112.PESSOASDEFICIENTES,INVISIBILIDADE,SABEREPODER.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha. **Situações Jurídicas Existenciais e Jusfundamentalidade**. Pp. 31-49. In: EHRHARDT JR. Marcos et ali (Org.). **Direito Civil Constitucional: a resignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

DINIZ, Débora. **O que é Deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos, volume X: filosofia, diagnóstico do presente e verdade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

LAMARÃO NETO, H. **O advento da Declaração Universal de 1948: a revisão do conceito de soberania do Estado e o reposicionamento do indivíduo enquanto sujeito de direitos perante a comunidade internacional.** In: _____. MATTOS NETO, A. J.; SANTANA, R. R. Direitos Humanos e Democracia Inclusiva. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de direito internacional público.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, Joyceanne Bezerra de. **A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro.** Pp. 51-74. In: EHRHARDT JR. Marcos et ali (Org.). Direito Civil Constitucional: a ressignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos.** Rio de Janeiro: WVA, 1999.

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.