# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

**ORLANDO CELSO DA SILVA NETO**

**ARTURO CAUMONT**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/ Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Arturo Caumont, Orlando Celso Da Silva Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-226-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil constitucional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

# V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

## DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

---

## Apresentação

O Direito Civil vive um momento de transição. Suas instituições, tradicionais e milenares, vêm se adaptando a novas realidades, em constante, mas saudável, tensão entre uma visão mais publicista e constitucional e uma visão mais privatista. Esta última, apesar de fulcrada na tradição, não se olvida da dinamicidade do presente, com um olhar já no futuro e nas novas demandas. Há, por um lado, na dinâmica atual uma utilização de disposições constitucionais abertas aplicadas à legislação civil (Direito Civil Constitucional), mas por outro o Código Civil permanece como o código da liberdade do indivíduo (Direito Civil contemporâneo).

Os artigos presentes nesta coletânea apresentam os dois pontos de vista, representando a pesquisa de ponta produzida pelas instituições nacionais, com a honrosa colaboração do professor Arturo Caumont, da Universidad de la Republica - Uruguay.

Prof. Dr. Orlando Celso Da Silva Neto - UFSC

Prof. Dr. Arturo Caumont - UDELAR

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DREITO E O REFLEXO NO AMPARO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: RESSIGNIFICAÇÃO DO PRESENTE OU LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA QUANTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

## CONSTITUTIONALISE LAW AND REFLECTION IN AMPARO OF PERSONS WITH DISABILITIES: PRESENT REFRAMING OR SYMBOLIC LAW FOR HUMAN DIGNITY?

**Marcela Pithon Brito dos Santos Dantas** [1]
**Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias**

**Resumo**

O estudo se destina a fazer breve análise sobre a relevância da normatização que priorize eficácia, buscando efetivar os direitos propostos na norma. Para tanto, propõe-se o estudo da curatela atinente aos portadores de deficiência, com base na lei processual cível vigente, no Estatuto do deficiente e no Projeto de Lei do Senado nº757/2015, considerando tratar-se de tema de importância social, questionando o amparo legal das pessoas portadoras de deficiência, sem desprezar que a edição de novas normas sobre o tema se mostrou necessária ainda que tenha se passado um pequeno período de vigência das mesmas.

**Palavras-chave:** Constitucionalização, Curatela, Deficiência

**Abstract/Resumen/Résumé**

The study is intended to make brief analysis of the importance of standardization that prioritizes efficiency, seeking to enforce the rights proposed in the standard. Therefore, it is proposed to study the trusteeship regards the disabled, based on the current civil procedural law, the Statute of the poor and the Senate Bill 757/2015, considering the case-social important issue, questioning the legal protection of people with disabilities, without neglecting the issue of new rules on the subject showed still required to have passed a short period of validity of the same.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalising, Trusteeship, Deficiency

[1] Mestranda

## I – DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROMOVIDA POR MEIO DA DEFINIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E ALGUNS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O TEMA.

Imperioso que antes de tratar propriamente do tema a ser discutido seja lembrada a definição da palavra princípio, vocábulo que advém do latim principium e expressa o início, a origem de algo.

Segundo Miguel Reale os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, possuem caráter operacional e servem como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e práxis.

Os princípios gerais de direito foram preconizados como regras de condutas que orientam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídicos. Princípios são normas que determinam que algo seja feito na maior medida possível, devendo ser consideradas as possibilidades jurídicas reais e existentes, não se traduzindo apenas na adequação do fato à norma como mera subsunção.

Como se sabe os princípios gerais do direito têm a principal função de auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas, não se encontram positivados em sua totalidade, e por isso não são dotados de concreção direta.

Robert Alexy informa que os princípios são mandamentos de otimização e que podem ser cumpridos em diferentes graus, sustentando ainda os mesmos dependem das possibilidades reais e das relações jurídicas para se materializarem.

Dworkin por sua vez defende que os princípios em sentido amplo abarcam os princípios em sentido estrito, e estes servem à proteção dos direitos individuais e das diretrizes que guiam os objetivos coletivos. O autor nesse contexto ainda faz uma distinção importante entre política e princípio, afirmando que aquela representa um padrão que fixa objetivo a ser alcançado tendo a comunidade como beneficiária, enquanto que o princípio por sua vez seria o critério que deve ser aplicado como exigência da justiça, da equidade.

Nesse diapasão, os princípios serviriam à dimensão individual, e políticas à dimensão comunitária. Logo, quando se está diante da afirmação de que a decisão judicial é essencialmente política, sustenta-se a sua dimensão comunitária. Ratifica Dworkin que os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao julgador, diante dos casos concretos,

inclusive os mais polêmicos, interpretar a norma posta do modo mais conforme possível à Magna Carta.

Um parêntese deve ser feito para se aclarar a diferença proposta por Dworkin entre princípio jurídico e regra jurídica, pois em que pesem partirem de uma origem comum e se alcançarem decisões particulares, são diferentes no que toca à direção que tomam. Isso porque as regras jurídicas são aplicáveis tendo em vista a ideia de tudo ou nada, estabelecendo o que é válido e aceito. Os princípios, por sua vez, são mandamentos nucleares ou disposições fundamentais de um sistema, ou ainda, núcleos de condensações.

Não se pode ignorar que por meio dos princípios se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas que eram corretas para cada caso concreto e precisam ser alteradas diante de novas realidades.

Canotilho defende que as regras e os princípios são duas espécies de normas; sendo diferentes apenas em relação ao grau de abstração, de modo que os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, e as regras possuem um menor grau de abstração. Os princípios são vagos e indeterminados e precisariam de mediações concretizadoras, seja do magistrado ou do legislador, já as regras poderiam ser aplicadas diretamente.

Os princípios são fundamentos das regras, desempenhando uma função normogenética fundante, referindo-se pois ao início de algo, não exaurindo em si o assunto, deixando ao contrário o tema apenas posto de uma maneira genérica, viabilizando o alcance de uma gama de situações ali não especificadas.

Cautela se mostra como palavra chave quando o assunto for princípios na legislação brasileira, isso porque como se verifica pela história do Direito, existe grande quantidade de princípios no ordenamento pátrio, e os mesmos são produtos de invenção aberta, que servem como base para as cláusulas gerais, normas em branco e outros institutos de criação recente, mas que devem servir precipuamente à efetivação de direitos de um modo geral.

Pela breve exposição dos teóricos do direito acima, evidenciado está que não é uniforme o entendimento a respeito dos conceitos de norma, princípio, regra, direito e garantia. Deve-se pois, observar os referidos institutos quando da sua menção a fim de que não se misture as teorias e se utilize critérios e parâmetros distintos, misturando por conseguinte conceitos. Etimologicamente princípios servem como diretrizes ou vetores para os órgãos formadores do direito revelando-se como concreções da experiência judicial.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 ganhou força a corrente doutrinária clássica normal que defendia que não podia ser dissociado dos princípios o seu valor coercitivo, consoante se denota na tese defendida por Rubens Limongi França em sua obra Princípios Gerais de Direito.

Os Princípios Gerais de Direito, "a não ser nos regimes de desmando e arbítrio, sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo" (LIMONGI FRANÇA, Rubens. Princípios gerais de direito, p. 22)

Antes de adentrar na alteração promovida pelo novo Código de Processo Civil no que tange à referência expressa dos Princípios Gerais do Direito como modo de integração da norma, o que já estava superado desde 2002 pelo Código Civil que já havia feito a expressa menção, como se verifica na exposição de motivos, elaborada por Miguel Reale.

Observe-se que o Código Civil não possui um capítulo inaugural principiológico como consta no novo Código de Ritos Processuais Cíveis, o que evidencia a expressa constitucionalização do novo Diploma Processual, que se materializou por meio da existência de princípios expressos ao longo da mencionada legislação.

Atente-se no entanto, que os artigos que compõem as normas fundamentais consagram princípios e regras, sendo todos, no entanto, normas fundamentais, embora nem todos sejam princípios.

## II – A PROTEÇÃO LEGAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA POR MEIO DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DA NOVA PREVISÃO LEGAL PROCESSUAL E POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA NORMA PELO PROJETO DE LEI DO SENADO 757/2015. ENTENDENDO O CENÁRIO ATUAL A PARTIR DA PREVISÃO DA CURATELA.

Ante a necessidade de preservação e efetivação da dignidade humana o Direito Civil reconhece que certas pessoas não estão aptas a realizarem certas funções corriqueiras, seja em razão da idade, por problemas médicos-psicológicos temporários ou duradouros.

Buscando atender ao amparadas legal da classe de pessoas acima especificadas foram criados os institutos da Tutela e da Curatela, cada instituto com suas peculiaridades, tendo como objetivo comum a proteção dos incapazes de um modo geral, abrangendo os maiores de idade

civilmente incapazes e os menores de idade que, porventura, se encontrarem fora do poder familiar. Daí a importância da Curatela no decorrer dos anos e das alterações promovidas no Código Civil de 2002, bem como no Código de Processo Civil vigente, que tratam especificamente da capacidade relativa e absoluta e do processo de interdição.

As alterações postas mostram-se em parte como aptas ao fim que se destinam, isso porque, mesmo bem-intencionadas, em determinadas situações, dada a previsão legal genérica e/ou confusa permitem que haja efetivos prejuízos à segurança pública almejada.

A Lei nº 13.146/2015, legislação recente encontra-se atualmente com sua eficácia questionada, pois que em que pese tratar de inovação legislativa, teve seu texto reescrito por meio da norma processual cível vigente, Lei nº 13.105/2015, que desde sua vigência, promove o questionamento de todos os itens da LBI – em vigor desde janeiro – tendentes a serem extintos se comprovada a incompatibilidade do seu texto como o novo diploma legal.

Dentre os pontos controvertidos trazidos pela inovação da lei processual, salta aos olhos o problema atinente à curatela, que sinteticamente define-se como um encargo atribuído pela justiça a alguém capaz apto a proteger os interesses de pessoas judicialmente declaradas incapazes, responsabilizando-se, portanto pela administração de bens e por outros atos corriqueiros da vida civil do curatelado, tais como assinatura de contratos, movimentação de conta bancária, entre outros.

O artigo 85 da Lei Brasileira de Inclusão à pessoa com deficiência restringe expressamente a curatela a atos de natureza patrimonial e negocial. Destaque-se neste contexto o Projeto de Lei do Senado 757/2015 propõe a alteração da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, bem como da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada, incrementando ainda mais a eficácia das normas mencionadas, e ainda não resolvida.

Não há como negar o caráter inovador e protecionista implementado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que se transmudou num dos maiores avanços legislativos em matéria de proteção, valorização e inclusão das pessoas com deficiência, atendendo a política de minorias, como forma de efetivar direitos preteridos. Ocorre que, como grande parte da produção legislativa brasileira, a LBI possui vasta dimensão, contendo 127 artigos, o que aumenta a

possibilidade de lapsos e/ou inconsistências, que terminaram por se materializar no referido ordenamento, culminando numa situação peculiar de ausência de amparo legal, pois que em que pese o número extenso de artigos, não cuidou de proteger as pessoas desprovidas do mínimo de lucidez ou de capacidade comunicativa.

O que acontece é que o mencionado projeto inova no sentido de propor que a limitação patrimonial e negocial mencionada pela LBI seja "preferencial" e não propriamente excludente, propondo ainda derrubar, em "hipóteses excepcionalíssimas", a exclusão definida pela Lei nº 13.146/2015 de que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

A inovação proposta remete ao artigo 1.772 do Código Civil, vigente até a entrada em vigor do novo CPC permitia ao juiz estender a curatela para atos de natureza não patrimonial - inclusive para efeito de casamento - caso constate a falta de discernimento da pessoa para a prática autônoma desses atos.

O projeto tem como objetivo afastar riscos à pessoa com deficiência, propondo-se a garantir a qualquer pessoa com limitações na capacidade de expressar seus interesses, tendo ou não deficiência, o apoio legal necessário à prática de atos da vida civil, propondo alteração do Código Civil, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade. Alegam os autores do projeto (Antônio Carlos Valadares - PSB-SE e Paulo Paim - PT-RS) que da forma como foi aprovada, o Estatuto da Pessoa com Deficiência pode trazer prejuízos aos cidadãos com discernimento reduzido ou incapazes de manifestar a própria vontade.

Eis que se mostra então uma situação em que uma norma nova (CPC vigente) passa a regular o direito antes posto no que toca àqueles amparado pela LBI, embora não estivesse este último ordenamento ainda solidificado, trazendo assim a possibilidade da pessoa com deficiência recorrer escolher ao menos duas pessoas idôneas, com as quais mantivesse vínculos e que gozassem de sua confiança, para auxiliá-lo nos momentos em que necessitassem.

Ocorre que como se vê, embora ainda em procedimento de implantação a Lei 13.146/2015 já passa a ser questionada pelo mencionado projeto, evidenciando que a produção desenfreada de norma, ainda que produzida sob o argumento de amparo de direitos individuais de uma minoria – deficientes – possui eficácia questionável, estando tão somente sob o manto de uma normatização que lhe confere sensação de justiça ainda não concretizada.

## IV – DA PREVISÃO ATUAL DA CURATELA E DO PROCESSO DE INTERDIÇÃO COM BASE NOS ORDENAMENTOS POSITIVADOS. DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS PROMOVIDAS.

A curatela, datada de séculos antes de Cristo, possui sua origem na palavra latim *curare*, que remete a significação de guardar, e surgiu como forma de proteger os direitos e o patrimônio dos incapazes da época. A noção de Curatela foi apreciada nos primórdios do Direito e da norma insculpida na Lei das XII Tábuas (450 a. C.), que em trazia em sua Tábua V, as sucessões e a guarda nos termos que seguem:

> 7-A Se uma pessoa é insana a autoridade sobre ele e sua propriedade pessoal pertencerá a seus agnados do sexo masculino e, em situação de incumprimento destes, para seus membros do clã do sexo masculino.
>
> 7-B... Mas se não houver um guardião para ele...
>
> 7-C... Administração de seus próprios bens é proibida a um pródigo... Um pródigo, que está proibido de administrar seus próprios bens, deve estar... Sob a curatela de seus agnados do sexo masculino.
> (http://avalon.law.yale.edu/ancient/twelve_tables.asp >. Acesso em: 02 de jun. 2016. “Table V. Inheritance and Guardianship)

No Brasil, o mencionado instituto já constava nas Ordenações Filipinas, fazendo-se presente também no Código Civil de 1916, estando atualmente insculpida expressamente no Código Civil, tendo o processo de interdição sido regido pelo Código de Processo Civil.

O artigo 1767 do Código Civil informa que estão sujeitos à Curatela as pessoas que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; bem como aqueles que por causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; além dos deficientes mentais, dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos; incluindo ainda neste rolas pessoas excepcionais sem completo desenvolvimento mental e os pródigos.

Flavio Tartuce e José Fernando Simão denotam em sua obra que este artigo do Código Civil, deve ser assim entendido:

> “o inciso I trata dos loucos que não são dotados de qualquer capacidade de discernir o mundo envolto, caso dos psicopatas, psicóticos, alienados mentais, neuróticos graves, entre outros; o inciso II trata do surdo-mudo

> ou, por exemplo, da pessoa que se encontra em coma e não pode expressar sua vontade; o inciso III cuida dos alcoólatras viciados e os toxicômanos; o inciso IV tem-se o exemplo do acometido por síndrome de Down; e, por fim, o inciso V traz a figura dos pródigos, que são aqueles que gastam de maneira desamparada o próprio patrimônio e que, sem o curador, não poderão realizar atos que não sejam de mera administração." (TARTUCE; SIMÃO, 2012. P.514).

A Curatela nos termos do artigo 1.769 do CC ainda se estende ao nascituro, se o pai falecer e estando grávida a mulher, não possuir o poder familiar, hipótese em que se questiona se não seria melhor a nomeação um tutor, dada a designação do termo como a seguir tratado. Sabe-se que embora a lei fale apenas em falecimento do genitor, não é necessário que tal fato ocorra para que se implemente a hipótese legal, podendo ser o pai desconhecido, ausente ou incapaz para a nomeação e, estando a gestante interditada, seu curador também será do nascituro, o que só se torna visível quando o nascituro tem herança, legado ou doação para receber, estando a Curatela como mecanismo apto proteger seus direitos. Neste caso, nascendo com vida, cessa a curadoria, e a criança, agora menor civilmente, terá um tutor.

Nos termos do art. 1175 do CC o legislador cuidou de estabelecer quem poderia exercer referido encargo, reservando espaço à família, em que pese não estabelecer o texto uma ordem expressa de caráter absoluto. Assim caso a caso deve ser analisado de modo que se busque resguardar os interesses do interditado.

Nenhuma controvérsia fixa o diploma cível quanto ao exercício da Curatela, disciplinando o tema, sendo possível pois se socorrer das normas atinentes ao exercício da Tutela, desde que atendida a finalidade do instituto, salvo a restrição legal que trata do deficiente mental, do ébrio habitual, do toxicômano e do excepcional sem completo desenvolvimento mental, além do pródigo. Esclareça-se que as imposições relativas ao exercício da Tutela, vigem aqui, de sorte que devem ser observadas as obrigatoriedades de prestação de alimentos, da administração dos bens do interditado com zelo e boa-fé, da representação nos atos da vida civil, entre outras. Para os pródigos, definidos como relativamente incapazes, apenas podem, sem o curador, praticar atos de mera administração, de forma que seja resguardado o patrimônio. Os curadores, em regra, têm que prestar contas da administração, salvo se for cônjuge do interditado, e o regime de bens do casamento for o de comunhão universal, pois que neste caso estão resguardados os interesses do curador por coincidirem com os do interditado.

Na busca de uma efetiva proteção aos deficientes, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, disciplina de modo diverso ao que até então era estabelecido, o processo de interdição relativo a classe de pessoas portadoras de deficiência, revogando por consequência expressamente alguns artigos do Código Civil que tinham conteúdo processual. Perde pois a eficácia o bloco que envolve os artigos 1768 a 1773 do CC.

> "O procedimento da interdição perfaz medida judicial por intermédio da qual determinada pessoa é declarada parcial ou totalmente incapaz para os atos da vida civil em virtude da perda de discernimento ou para a condução de seus próprios interesses. Decretada a interdição daquele declarado parcial ou totalmente incapaz, porque sem discernimento para a gestão de seus interesses, é nomeado curador que representará ou assistirá o interditado.". (WAMBIER, 2015, p. 1093.)

No que atine às pessoas legitimadas para promover a interdição, nada há de significativo na inovação, pois que permanecem o cônjuge ou companheiro; os parentes ou os tutores; o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; e o Ministério Público, devendo sempre se comprovar a legitimidade judicialmente, quando da interposição da ação.

Ainda na exordial, há que serem devidamente especificados os motivos da interdição, devendo ser promovida a juntada de toda a documentação atinente ao fato, inclusive exames, se houver. A cautela quanto ao procedimento se justifica pois que os efeitos variam podendo ser a limitação da capacidade ou ainda a declaração da total incapacidade do interditando, que deverá ser chamado à lide a fim de que esclarecer as situações levadas ao processo de forma a balizar uma decisão justa que atenda aos fins da norma.

Resguardada está a situação do interditando que não possa se locomover, devendo neste caso o juiz deve ir até sua residência, assegurando inclusive recursos tecnológicos que se façam necessários e viabilize o exercício do direito de forma plena.

Em até quinze dias contados a partir da entrevista, o interditando pode impugnar o pedido, devendo haver participação necessária do Ministério Público, que atuará como *custus legis*. E o interditando, na hipótese de não estar assistido por advogado, receberá um curador especial, podendo ainda assisti-lo seu cônjuge, companheiro, ou um parente sucessível. Esgotado o prazo de quinze dias, ao magistrado cabe determinar a produção de prova pericial, a ser realizado por profissionais com formação multidisciplinar, para avaliar sobre a capacidade do interditando verificando a possibilidade ou não de prática de atos cíveis, devendo especificar os

atos que serão praticados pelo curador. Após essa fase, passa-se para a produção das demais provas, seguindo-se para a sentença, que por sua vez, reconhecendo a necessidade de decretar a interdição, terá que nomear curador, sendo avaliado o estado e o desenvolvimento mental do interdito para que sejam estabelecidos os limites da curatela.

Se nada for especificado pelo julgador, o curador passa a ser responsável de igual forma pela pessoa, pelos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e ainda pela responsabilidade do curatelado, resguardando a possibilidade de viabilizar tratamento e apoio adequado para que o curatelado volte a ter autonomia. Cessado interdição cessa a Curatela, devendo ser destacado que o pedido pode ser feito pelo curador, pelo Ministério Público ou ainda pelo curatelado, cabendo ao juiz, por perícia adequada verificar a capacidade do interditado, designando ainda audiência de instrução e julgamento. Comprovado que não se justifica mais a interdição, a mesma cessará, sendo reconhecida a plena capacidade do até então curatelado.

Ressalte-se que o Art. 166, I, do Código Civil disciplina de forma clara que o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz é nulo, logo sem validade alguma. Se os atos tiverem sido praticados por alguém que teve declarada a sua incapacidade relativa, os atos praticados nessa situação são declarados anuláveis.

Segundo Nestor Duarte, "se o agente se acha em estado de regressão, sendo impossível ou dificultoso comprovar-se a deficiência mental, o negócio deve ser preservado, para a proteção da boa-fé do outro contratante. Já se a insanidade é notória, ou conhecida do outro contratante, será anulado." (PELUSO,2012, p. 130) Afinal, conforme dito por Silvio Rodrigues, "ao ordenamento jurídico é mais importante proteger terceiro de boa-fé do que o interesse do incapaz". (RODRIGUES, 2008, p.422).

Havendo boa-fé por parte do contratante o negócio é válido. De modo que se a uma das partes interessar anular o negócio realizado, e ainda não foi reconhecida a interdição da outra parte, terá que comprovar que a doença que justifica a interdição já estava presente na época do negócio.

Patente está que espaços foram constatados na norma posta, o que justificou nova legislação sobre o tema, sendo ainda evidenciado que já existem lacunas no que se encontra em vigor, apesar do pouco tempo de vida da nova legislação processual cível e do Estatuto do Deficiente. Referidas brechas deixadas pelo legislador para o preenchimento pelo aplicador do

Direito, caso a caso, o que gera o reconhecimento da finitude do sistema positivado vigente, o que faz escapar a efetividade plena da norma.

A tarefa então foi relegada ao aplicador do direito, pois que a este cabe atribuir sentido a um conceito legal indeterminado, sendo esta uma elaboração casuística das hipóteses legais. Nesse contexto, mostra-se necessário o estudo do ordenamento para que se busque entender a linha adotada pelo Diploma a ser preenchido, sendo importante que se entenda a linha filosófica adotada para que se conheça a teoria do conhecimento, a essência jurídica, a ontognoseologia jurídica, que buscou a norma quando editada. Evidencia-se aqui o papel do Direito sob os enfoques subjetivo e objetivo fundamentando-se no culturalismo jurídico e na teoria tridimensional do direito.

O culturalismo jurídico com base no trabalho desenvolvido por Carlos Cossio, fundamenta-se em três palavras que serão guias das decisões judiciais tomadas, tais quais: cultura, experiências e história, esta que devia ser entendida tanto do ponto de vista do julgador como do da sociedade. Já a teoria tridimensional do direito defende que o direito é fato, norma e valor, e que tais conceitos devem estar correlacionados, sendo que na tridimensionalidade genérica ou abstrata, leva para o filósofo a tarefa do estudo do valor, cabendo ao sociólogo estudar o fato e, ao jurista, estudar a norma.

Nota-se que a cada dia se reconhece a necessidade do jurista e magistrado fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, sem desprezar os valores pessoais do julgador e os da sociedade construídos após educação e as experiências vividas, buscando aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando interpretar sistematicamente a legislação, e então alcançando um correto preenchimento das janelas abertas. Tudo dependerá da história do processo e dos institutos jurídicos a ele relacionados, das partes que integram a lide e, também a história do próprio aplicador.

Não é demais frisar sobre a presença das cláusulas gerais tanto no direito material como direito processual, priorizando o aplicador de direito a atualização, de maneira que esteja inclusive adequado à evolução tecnológica, para que não assuma decisões descabidas, que não possuam qualquer eficácia. Primordial desta forma que os juristas atentem para a necessidade da formação interdisciplinar.

Priorizar a literalidade fechada da norma jurídica será fazer prevalecer a sufragada ideia de que a norma seria suficiente. Ante a dinamicidade própria do Direito, não há mais espaço para

a concepção legalista em que o juiz é a mera boca da lei, devendo ser privilegiada a interação do sistema, o que leva à conclusão de que a norma não é suficiente. Algo ratificado pela numerosa produção legislativa brasileira.

A explosão de leis não pode ser desconsiderada nesse contexto, considerando que referido ato dificulta o trabalho do aplicador do direito na busca de uma sistematização. A diferenciação existente entre o Direito Público e o Direito Privado, por exemplo, já não é uma classificação dominante sendo apenas um instrumento de sistematização que se pauta pela utilidade preponderante da lei.

A constitucionalização dos bens e valores assegurados na Magna Carta evidencia que a Constituição funda o ordenamento jurídico evidenciando que a hierarquia ali estabelecida representa como deve se operar o que está disciplinado.

As normas protetivas da dignidade humana antigamente consideradas normas programáticas, não mais prevalece, de maneira que a sua proteção é princípio que pode ser aplicado diretamente na relação entre pessoas com deficiência ou não, com acesso ao poder ou não, maridos e mulheres, abarcando inúmeras situações não previstas expressamente.

Não se pode falar em solidificação da constitucionalização como processo automático fruto da mera repetição de um valor ali assegurado, devendo existir verdadeira ponte entre a norma e a realidade, entre o direito pleiteado e situação concreta que gerou o litígio, de maneira que caberá ao aplicador por meio das ações judiciais resolver os conflitos se valendo do que existe na vida real, ainda que não disciplinado expressamente em algum ordenamento jurídico, o que deve se dá de modo fundamentado, como vem ressalvado na lei processual vigente. Importante trazer a tona a preocupação da doutrina sobre o tema:

> É muito perigoso estimular julgamentos puramente principiológicos sem verdadeira densidade normativa (fruto da escolha solitária do julgador), dado o risco do decisionismo, em que as razões de decidir se localizem em critérios ideológicos do juiz, e não do Direito positivo (…) De tal sorte, a pura, simples e vaga invocação de um falso princípio nunca seria suficiente para o juiz deixar de aplicar uma norma. Só assim se preservará a harmonia das garantias de segurança jurídica e de justiça que a

> Constituição assegura por meio dos princípios fundamentais do acesso à justiça (Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2015. p. 66-67).

Se por um lado os princípios refletem a necessidade de maior reflexão, há que se pensar na necessidade da efetivação dos mesmos sob um prisma prático, consoante a situação posta em análise, a fim de que se alcance a necessária e justa satisfação da pretensão buscada.

Patente que o Novo CPC ao tratar da Curatela cuidou de estabelecer novos regramentos apenas para o processo de interdição, pretendendo melhorar as condições pró-interditando, repelindo o regramento sobre a interdição disciplinado no Direito Civil, e buscando efetivar a inclusão da pessoa com deficiência, retirando o estigma da incapacidade. No que toca aos artigos do Código Civil alterados pelo Estatuto da pessoa com deficiência, observe-se que o Art. 1768 tem destaque considerando que em seu caput exclui a hipótese de interdição.

Não se pode perder de vista que na vacatio das leis, nota-se que o Art. 1768 do CC alterado pelo EPD teve vigência limitada à vigência do Novo CPC, quando então se opera a revogação expressa do artigo. Observe-se a questão curiosa que surge no que toca a este lapso de tempo acima suscitado, pois que caso durante a vigência do Novo CPC, exista uma situação que se aplicaria o Art. 84 § 1º do EPD, a pessoa com deficiência, mental, passaria por um processo de interdição e se submeteria a Curatela, embora ambos não existam mais. Isso ocorrerá porque, com o Estatuto estando vigente, o Código Civil passará a dizer que: o portador de deficiência mental não é reconhecido como sujeito à Curatela, e a interdição não existe. Haverá interdição e curatela de um sujeito capaz, nos termos da nova lei.

A entrada de duas novas leis tratando do mesmo assunto terminará ocasionando confusão no início até que haja plena adaptação, sendo de importância extrema os debates entre os doutrinadores e operadores do Direito. Ante a antinomia deve-se prezar pelas hipóteses legais, tais quais: critério hierárquico, por meio do qual ao se analisar duas normas, conclui-se que deve prevalecer a superior; critério cronológico, por meio do qual prevalece a lei mais recente; e critério especial, priorizando a lei especial em detrimento da geral.

Nesse contexto se torna relevante ainda levar em conta além de se tratar de norma especial, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é uma norma que tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York (30 de março de 2007), ratificados pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo.

Assim, ante o previsto na Constituição, art. 5º, o § 3º, o Estatuto tem força de emenda constitucional, não podendo o CPC revogar os artigos do Código Civil que, por força do EPD, foram alterados, o que justifica o cuidado que deve ser adotado quando da aplicação das leis em comento.

## III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretende-se com as ponderações acima não mais o apego a modelos e fórmulas que devam ser compatíveis com a previsibilidade impossível de um sistema jurídico, pois se estaria a pensar apenas em situação pretéritas, ignorando as presentes e as futuras, ocasião em que o direito convocado poderia se mostrar obsoleto. Sendo pois, necessária a referência a premissas fáticas adotadas, com fulcro no estudo efetivo das normas existentes, bem como de suas bases, o que exige do julgador cautela a fim de que se busque a efetivação dos direitos postos.

A abertura do sistema jurídico processual cível brasileiro reflete a interferência dos diversos ramos do direito para a formação de uma decisão final, não devendo se limitar à análise do que se encontra positivado quando da árdua tarefa de buscar a justiça.

Deve-se pois buscar aplicar a nova norma sem ignorar as etapas da interpretação, sob pena de descontextualizar o direito tutelado. Não se pode falar em efetivação de direitos sem que se analise o nível de hierarquia entre eles, ressalvada a hipótese de restrição por lei, constitucionalmente autorizada, do direito fundamental, que estaria como se nota amparada na própria norma.

Patente que as incapacidades no Direito Civil servem para proteção das pessoas que por algum motivo transitório ou duradouro não estejam nas mesmas condições que as outras, não se podendo permitir entretanto o reconhecimento de alguém como incapaz como meio de exclusão, pois que o objetivo das normas sobre o tema é incluí-la.

Ante a tentativa de equiparação das condições dos considerados incapazes com os capazes, como uma forma de inclusão a todo custo, torna-se necessária a adaptação da sociedade para que haja a abertura para o enquadramento desta categoria, como formas de buscar a igualdade, e alterar o regime de incapacidades.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência serve de amparo para efetivação dos direitos da classe das pessoas portadoras de deficiência, devendo-se cuidar para que a alteração não impacte de forma negativa no Direito Civil.

As diferenças estão postas e a negativa das mesmas não resolve, pois que se trata de algo posto que não deixarão de existir por advento de qualquer lei, sendo necessário se dirimir as controvérsias que surjam sobre o tema, buscando-se assegurar efetivação da dignidade humana, recorrendo-se a outras normas, se necessário, ainda que estranhas ao processo, como forma de assegurar a proteção buscada nos casos concretos apresentados, prezando-se pela pacificação social através de uma solução justa que possa servir como parâmetro para novos casos semelhantes.

## V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Vol.2. 7. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2009.
_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção saraiva de legislação).

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 1º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 73.

DE MENEZES, Joyceane Bezerra; CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. INTERDIÇÃO E CURATELA NO NOVO CPC À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL. Disponível em em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>. Acesso em: 16 de set. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 13. Ed. Rev. Aum. E atual. De acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes,1999.

ESSER, Josef. **Precomprensione e Scelta Del Metodo Nel Processo di Individuazione Del Diritto**. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

_____ **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia**. São Paulo: Ed. Atlas, 1989.

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Princípios Gerais de Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; DA FONSECA, João Francisco N. Código Civil 2013 e legislação civil em vigor. 32. Ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

PELUSO, Cezar; Vários autores. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência:** Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916/ coordenador Cezar Peluso. 6. Ed. Rev. E atual. Barueri-SP: Manole, 2012.

RÁO, Vicente. **O direito e a Vida dos Direitos**. 5.ed.anot.e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo:RT, 1999.

REALE, Miguel. **A Ética do Juiz na Cultura Contemporânea**. Revista Forense,v.325, jan.-fev.-mar.1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. Ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade**. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>; Acesso em: 18 de set. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104, MI225871,51045-Alteracoes+do+Código+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com> Acesso em: 02 de jun. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.