



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

MARCELA PITHON BRITO SANTOS DANTAS

**A NECESSÁRIA OTIMIZAÇÃO DAS NORMAS EXISTENTES NO BRASIL POR
MEIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA PROMOÇÃO DO AMPARO
EFETIVO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

São Cristóvão (SE)

2017

MARCELA PITHON BRITO DOS SANTOS DANTAS

**A NECESSÁRIA OTIMIZAÇÃO DAS NORMAS EXISTENTES NO BRASIL POR
MEIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA PROMOÇÃO DO AMPARO
EFETIVO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Projeto de Qualificação da Dissertação apresentada como requisito para aprovação no exame de qualificação na área de concentração Constitucionalização do Direito, na linha de pesquisa 2, Concretização dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais e Empresariais, do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.
Orientadora: Dr^a Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias.

São Cristóvão (SE)

2017

MARCELA PITHON BRITO DOS SANTOS DANTAS

**A NECESSÁRIA OTIMIZAÇÃO DAS NORMAS EXISTENTES NO BRASIL POR
MEIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA PROMOÇÃO DO AMPARO EFETI-
VO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Projeto de Qualificação da Dissertação apresentada como requisito para aprovação no exame de qualificação na área de concentração Constitucionalização do Direito, na linha de pesquisa 2, Concretização dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais e Empresariais, do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

São Cristóvão, 30 de janeiro de 2017

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias
Orientadora

Prof^ª. Dr^ª. Karyna Batista Sposato
Avaliadora

Prof^ª. Dr^ª. Liziane Paixão Silva Oliveira
Avaliadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer a Deus, minha razão do meu existir, minha principal motivação em buscar sempre novos desafios por meio de sonhos plantados em meu coração. Quero ainda aproveitar o espaço para agradecer aos meus pais, pelo apoio incondicional de sempre, servindo até como babás noturnos, quando por tantas vezes tive que ausentar para estar em aulas e/ou eventos do mestrado. Pessoas responsáveis pelos princípios em mim plantados, que me fizeram acreditar num mundo melhor e buscar sempre me capacitar para servir sempre mais e de modo mais qualificado àqueles de mim necessitem, verdadeiros presentes divinos. Amo vocês!

Aproveito ainda para registrar meu agradecimento ao meu marido e à minha filha, que cada um a sua maneira, deram sua cota de sacrifício abrindo mão do seu tempo comigo para que eu pudesse me dedicar aos estudos. Vocês são a efetivação do amor em minha vida.

Ainda dentro do seio familiar, agradeço a Tia Virgínia, minha sogra, exemplo de força e determinação, uma segunda mãe, que com seu exemplo me mostrou como seguir em meio às diversidades! Ruy, meu irmão amado e Marina, minha cunhada querida, obrigada pelas carinhosas palavras de incentivo! Consegui superar mais essa etapa!!

Como tudo em minha vida, nada acontece como planejo, mas conforme a vontade de Deus, e assim se cumpre a palavra dita na Bíblia Sagrada em Jeremias 29:11 - “Porque sou eu que conheço os planos que tenho para vocês”, diz o Senhor, ‘planos de fazê-los prosperar e não de causar dano, planos de dar a vocês esperança e um futuro”. E o mestrado não foi diferente, tendo sido além de fonte de enriquecimento cultural, um meio de fortalecer a minha fé, permitindo-me ainda ter contato com pessoas verdadeiramente especiais, colegas e professores que puderam mostrar novos caminhos em meio a um Direito provido de tantas normas sem credibilidade e efetividade.

Tenho que agradecer à Dr^a Clara Angélica, minha professora, orientadora, e nova amiga, que me acolheu com muito carinho, dedicando horas do seu dia por telefone a me esclarecer o que fosse necessário, praticando sua maternidade que veio a se efetivar conforme a vontade do Senhor no fim de 2016. Clara, que bênçãos sejam derramadas sobre sua vida e você seja capacitada mais e mais, que se torne uma mãe tão especial quanto é como professora! Renata, funcionária do Prodir, sempre disposta a receber cada aluno da pós-graduação, com simpatia e eficiência. Como esquecer de você?! Obrigada.

Quero ainda retratar a minha gratidão à professora Dr^a Carla Eugênia, responsável

pelo início do meu projeto de qualificação, meu empurrão divino, uma pessoa determinada e muito batalhadora. Em nome do Coordenador do Departamento da Pós-graduação, Dr. Lucas Gonçalves, profissional batalhador, pessoa que me incentivou a me inscrever na seleção, agradeço a todos os professores da especialização, destacando o professor Dr. Clovis Marinho de Barros Falcão, exemplo de humildade e sabedoria, dono de um domínio de filosofia capaz de fazer qualquer aluno se apaixonar pela matéria, tendo sido não por outra razão, essa a disciplina extra que fiz, mesmo não precisando mais de créditos.

À equipe do Hospital de Cirurgia, em especial ao Diretor Presidente, Gilberto dos Santos, e a Jonatas Fagundes Ferreira Filho, meu faz tudo, registro meu agradecimento pela compreensão diante das minhas inúmeras aulas e eventos, o que me fez por vezes correr do trabalho direto para a aula, privando-me das deliciosas conversas ocorridas nos intervalos dos afazeres, fazendo-nos lembrar de quão maravilhoso é viver.

Não esqueceria jamais da minha amiga irmã Marcela Marcondes, pessoa batalhadora que me encorajou a seguir quando o desânimo ou o cansaço tentavam tomar conta de mim. Obrigada. Amo você!

Enfim agradeço a todas as pessoas que sempre estiveram ao meu lado me fortalecendo, incentivando, e cada um a seu modo, contribuindo para que me sobrasse algum tempo livre para escrever.

Depois de algum tempo pude aprender que realmente somos fortes, e que podemos ir muito mais longe do que pensamos, mesmo quando achamos que não dá mais. Esse mestrado foi, sem dúvidas, uma oportunidade de superação, pois pude vencer obstáculos diários, aprendi como nunca a conciliar a minha condição de mãe, esposa, advogada, professora, mulher e ainda consegui arrumar tempo para correr, momento em que esqueço do mundo. Confirmei que não podemos nos agarrar a nossas dúvidas se elas se fundam exclusivamente na ideia de falta de tempo, pois se assim fizermos estaremos diante da possibilidade de perdermos bens preciosos que poderíamos conquistar, não fosse o medo de tentar.

Na certeza de que aproveitei bastante cada aula, cada evento, cada discussão travada em decorrência dos assuntos aprendidos no mestrado, sigo com a convicção de que quero continuar a aprender sempre!

A infância tem maneiras de ver, de pensar, de
sentir que lhe são próprias: nada é menos
sensato do que querer substituí-las pelas nossas.

Rousseau

RESUMO

O presente estudo se destina a identificar meios de buscar a efetivação da dignidade da pessoa humana no que toca às pessoas com deficiência, amparando esse grupo de pessoas por um longo período invisíveis aos olhos da sociedade e das normas. Com base nos princípios buscase questionar as normas que tratam sobre a deficiência no Brasil, em especial, o Código de Processo Civil, o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de forma que seja ressaltada a importância de atentar que a mera constitucionalização formal não atender às necessidades dos deficientes. Aponta-se a ponderação de Alexy como meio de se resolver eventuais conflitos que ponham em lados opostos princípios constitucionais, buscando-se sopesá-los por meio da constatação da necessidade da intervenção, e buscando ainda fundamentos que justifiquem a dita intervenção, para que se possa então promover a efetiva ponderação no sentido restrito e verdadeiro. Então propõe-se a ampliação do Direito diante das inúmeras possibilidades trazidas pela vida moderna, considerando que a norma positivada apenas não pode servir como parâmetro exclusivo para soluções dos litígios que surgem dia a dia. Nesse contexto direciona-se o foco da presente dissertação para análise das alterações promovidas na legislação no que atine à proteção dispensada às pessoas com deficiência, passando pelo histórico desse grupo de cidadãos alijados de inúmeros direitos, questionando ainda as normas que tratam sobre o tema, bem como a eficácia dessas normas, sob a ótica de Alexy. A pretensão é provocar a reflexão sobre a tendência de abertura dos sistemas jurídicos em busca da efetividade dos direitos. Pretende-se construir um ponto de equilíbrio entre o Direito material e o ordenamento jurídico pátrio, de modo que se promova a disseminação e o conhecido sobre o conceito de deficiência e suas particularidades, trazendo os deficientes de uma vez para o seio social.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Ponderação. Pessoa com Deficiência. Efetivação da justiça.

ABSTRACT

The present study is destined identifying ways of looking for the efetivação of the dignity of the human person what concerns the persons with deficiency, supporting this group of persons for a long period invisible to the eyes of the society and of the standards. On basis of the beginnings it is looked to question the standards that treat on the deficiency in Brazil, in special, the Code of Civil Process, the Civil Code and the Statute of the Person with Deficiency, in such a way that the importance is emphasized of undertaking what the mere formal constitucionalização will not attend to the necessities of the deficient. point to the consideration of Alexy as way of there are resolved eventual conflicts that put in opposite sides constitutional beginnings, when for are looked to counterweigh them through the observation of the necessity of the intervention, and looking still for bases that justify the stated intervention, so that it is possible to promote then the effective consideration in the limited and true sense Then the enlargement of the Right is proposed before the countless means brought by the modern life, thinking that the standard made positive hardly cannot serve as an exclusive parameter for solutions of the lawsuits that appear day by day. In this context direciona-se the focus of the present dissertation for analysis of the alterations promoted in the legislation which it notices to the protection dispensed to the persons with deficiency, passing for the historical one of this group of citizens freed of countless rights, questioning still the standards that negotiate on the subject, as well as the efficiency of these standards, under the optics of Alexy. The claim is to provoke the reflection on the tendency of opening of the legal systems in search of the effectiveness of the rights. It intends to build a break-even point between the material Right and the native legal ordenamento, so that the dissemination and the acquaintance is promoted on the concept of deficiency and his peculiarities, bringing deficient at once to the social breast.

KEY-WORDS: Constitucionalização. Consideration. Person with Deficiency. Efetivação of the justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDPD -	Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência
CIDID -	Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens
CIF -	Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde
D.I. -	Deficiência Intelectual
D.M. -	Deficiência Mental
PcD -	Pessoas com Deficiência
PLF -	Pessoas com Limitação Funcional
PsDLF -	Pessoas que não declararam qualquer tipo de Deficiência ou Limitação Funcional.
OMS -	Organização Mundial de Saúde
ONU -	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: UM MÉTODO A SOCORRER OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	12
2.1	Da solução possível quando da colidência dos princípios constitucionais, com enfoque na dignidade da pessoa humana.....	19
3	HISTÓRICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: DO INVISÍVEL À CATEGORIA DE MINORIA RECONHECIDA SOCIALMENTE, AINDA DE QUE MODO INCIPIENTE.....	27
3.1	A inclusão das pessoas com deficiência e/ou limitação funcional e o atual panorama da população com deficiência no Brasil.....	36
4	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NECESSIDADE DA EFETIVAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO NA LEGISLAÇÃO NO QUE TOCA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	41
4.1	As alterações promovidas na teoria das incapacidades pelo novo Código de Processo Civil em relação às pessoas com deficiência.....	45
4.2	A necessidade de alinhar a produção legislativa constante no Código Civil, no Código de Ritos Cíveis e o Estatuto da pessoa com deficiência, no que atine ao deficiente com enfoque nos aspectos práticos da norma.....	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
	REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A dissertação em comento expõe de modo sistemático, adotando a técnica expositiva, uma análise sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, definindo a dignidade da pessoa humana de modo a se buscar amparar as pessoas com deficiência, viabilizando o pleno acesso à sociedade.

Busca ainda trazer a tona os problemas e as mazelas sociais pelos quais passaram as pessoas com deficiência, foi construído o histórico desse marginalizado grupo de pessoas que estavam inseridos na questão mais ampla da exclusão e desigualdade social brasileira. Busca-se demonstrar que paulatinamente, esta parte da população foi superando a condição de invisibilidade e passou a se organizar politicamente, assim como ocorreu com outros segmentos ou minorias sociais, alcançando o reconhecimento de parte dos seus direitos nas normas vigente.

A recuperação deste contexto histórico pretendeu respaldar a discussão sobre a realidade contemporânea que se fará a seguir em relação ao acesso à sociedade pela pessoa com deficiência e/ou limitação funcional.

Conquistada a emancipação social como cidadãos detentores de direitos e deveres, questiona-se se há e em que medida haveria a inserção da pessoa com deficiência no Brasil de hoje.

O estudo em questão se destina a fazer uma análise sobre a legislação que ampara à pessoa com deficiência no Brasil, abordando especificamente o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a problemática trazida com a edição de normas desvinculadas da realidade prática e do próprio histórico dos direitos tutelados.

Propõe-se uma reflexão sobre a constitucionalização do direito e a necessidade da efetivação dos princípios no ordenamento jurídico vigente em relação à pessoa deficiente, trazendo ainda um estudo sobre as alterações promovidas na teoria das incapacidades pelo novo Código de Processo Civil em relação aos deficientes, seguindo para o desafio de alinhar a produção legislativa atinente ao deficiente e os aspectos axiológicos que norteiam o tema, buscando o amparo efetivo para o direito desse grupo de pessoas.

Como forma de solucionar os conflitos ocasionados pelos atropelos legislativos, socorre-se aos princípios constitucionais, como forma de buscar efetivar os direitos dos deficientes constantes nos ordenamentos diversos.

Nesse cenário assume importante papel a constitucionalização havida no direito processual cível, ressaltando-se ainda a importância da ponderação preconizada por Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, como forma de equacionar eventual choque entre os princípios fundamentais, quando da busca pelo amparo aos direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados a este grupo de pessoas.

Diante das inúmeras possibilidades trazidas pela vida moderna, fica patente que apenas o Direito posto, positivado, não pode servir como parâmetro exclusivo para solução dos litígios que surgem dia a dia.

Desse modo, não se pode pensar nas inovações trazidas pelo legislador brasileiro quando da elaboração ou inovação de qualquer ordenamento, como única forma de efetivação dos direitos ali descritos, sendo imperiosa a análise conjunta das normas, da historicidade, bem como dos efeitos pensados quando da edição das leis.

A pretensão é demonstrar que diante de tantas normas sobre o mesmo tema, há que se buscar uma forma de prezar pela eficácia do direito das pessoas com deficiência, garantindo-se a estas pessoas a máxima aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário ressalta-se a importância de extrair a máxima efetivação da legislação que trata sobre a deficiência, evidenciando a necessidade de maior sedimentação do direito, de maneira que se busque sempre otimizar o direito postulado, o que reflete a preocupação com os anseios sociais, tendo por meta respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, menciona-se ainda a importância da atividade judicial como forma de efetivar os direitos positivados, devendo pois haver a devida fundamentação, amparada pelos valores sociais, pelo histórico dos direitos dos deficientes e pela necessidade apresentada no caso concreto.

Deve-se ao fim cuidar para que não se opte de forma simplista e conveniente por abolir direitos conquistados a duras penas, repetindo a famigerada história desta classe por vezes invisível, ao invés de buscar nas brechas da lei ampliar ao máximo o alcance do direito tutelado.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: UM MÉTODO A SOCORRER OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O conceito de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição é desenvolvido por Robert Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, que destaca que na condição de teoria de direito positivo, tal teoria se aproxima de uma teoria dogmática do direito, devendo ser destacadas três dimensões nesta seara, quais sejam, analítica, empírica e normativa.

A dimensão analítica da dogmática se inicia com a análise de conceitos elementares, avançando com as construções jurídicas e desembocando no exame da estrutura do sistema jurídico e da própria fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. Por sua vez, a dimensão empírica da dogmática jurídica é compreendida por duas linhas de intelecção: primeiramente, fala-se em cognição do direito positivo válido para, em seguida, analisar a aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica. Não se pode deixar de destacar que a dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito na lei, mas inclui a contribuição da jurisprudência.

Outra dimensão da dogmática jurídica é a normativa, não se limitando o estudo ao estabelecimento daquilo que, na dimensão empírica, é elevado à condição de direito positivo válido, mas desempenhando a elucidação e crítica da práxis jurídica, sobretudo a dos tribunais. A ideia central reside em determinar qual a decisão correta em um caso concreto, a partir do direito positivo válido, com a utilização de juízos de valor adicionais.

A dogmática jurídica mostra-se como um instrumento que busca alcançar uma resposta racionalmente fundamentada para as questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo legislador. A Ciência do Direito, sobretudo no estágio atual, revela-se nesse contexto como uma disciplina prática que remete ao estudo do dever-ser. As dimensões tratadas revelam o caráter prático da Ciência do Direito, sendo uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.

Assim sendo a teoria geral de direitos fundamentais é uma teoria que se ocupa com problemas relacionados a todos os direitos fundamentais, ou a todos os direitos fundamentais de uma espécie, a exemplo de todos os direitos de liberdade, de igualdade ou a prestações positivas, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

A teoria jurídica geral dos direitos fundamentais integra, de forma ampla, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de aplicação nas três dimensões já

referidas, cumprindo esclarecer que algumas teorias são apresentadas como concepções básicas das mais gerais sobre o objetivo e a estrutura dos direitos fundamentais. Em meio a esta definição surge a abstração, circunstância que informa que a teoria não se desenvolve através das três dimensões jurídicas da dogmática; ademais, não se pode esquecer que cada uma das teorias de direitos fundamentais expressa uma tese fundamental e, portanto, unipolar, o que dificulta a compreensão dos direitos fundamentais.

Em contraposição à teoria unipolar, tem-se a teoria combinada utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, entendimento que recorre a todas as concepções básicas já mencionadas. A crítica que surge é que o referido Tribunal por se utilizar, alternadamente, de diversas teorias de direitos fundamentais como ponto de partida, obsta o reconhecimento de um sistema e, ocasionando ainda em casos concretos, a colisão entre diversas teorias.

Assim sendo a teoria dos direitos fundamentais não pode se reduzir a ideias básicas superficiais, seja sob a forma de teoria unipolar, por adotar apenas uma tese fundamental, seja sob a forma de teoria combinada. Apesar de considerar a teoria combinada a mais acertada entre as duas, acredita-se que uma teoria integrativa poderia ser útil para exercer um controle sobre os diversos pontos de vista e evitar, assim, que o modelo se reduza a uma simples compilação não vinculante.

Nesse sentido a proposta seria analisar o caminho para uma teoria integrativa que passa por uma teoria estrutural dos direitos fundamentais que, primeiramente, deve ser analítica, tendo como principal material a jurisprudência visando alcançar uma decisão correta e uma fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais, de modo que busque efetivar o direito questionado.

Não se pode ainda desprezar o importante papel da clareza pois que essencial para a estrutura dos direitos fundamentais, sobretudo porque a dimensão analítica pressupõe um tratamento lógico do direito. Necessários desse modo, a lógica, os valores adicionais e os conhecimentos empíricos, advindo daí a proposição de uma teoria estrutural em consonância com a tradição analítica da jurisprudência dos conceitos.

Neste cenário, importante destacar que se inclui entre os direitos do indivíduo em face do legislador, o direito à proteção contra outros indivíduos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil, o que evidencia que as normas de direitos fundamentais também possuem aplicação na relação cidadão/cidadão.

Para Robert, conforme defende em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, há vantagens e desvantagens na adoção de princípios de nível máximo de abstração, incluindo

dentre as vantagens, a flexibilidade, já que os princípios são aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais diversas. Já entre as desvantagens, o jurista cita a indeterminação, cenário em que se alimenta uma das formas mais obscuras de fundamentação jurídica: a dedução ou derivação de conteúdo dos princípios abstratos.

Por esses motivos, a aceitação de uma ordem objetiva de valores, sob a forma de princípios objetivos supremos, não é algo em si irracional, mas sim incompleto, até porque pode ser utilizado tanto de maneira racional quanto irracional. E, para fins da construção do efeito perante terceiros, é demonstrada a diferença entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão, sendo que na primeira, há apenas um titular de direitos fundamentais (em regra) e na segunda ambos os sujeitos são titulares de direitos fundamentais, não podendo em nenhum dos casos desprezar o direito analisado.

A irradiação das normas de direitos fundamentais tem amplas consequências no sistema jurídico. A primeira delas é a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário. Apesar de a Constituição não determinar todo o conteúdo do direito ordinário, os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e classificam alguns conteúdos como constitucionalmente necessários.

A segunda consequência se refere ao tipo de determinação substancial, pois não há apenas abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais a evidenciar essa consequência, mas também a sua natureza principiológica que exige sopesamentos. Embora seja racional, o processo de sopesamento nem sempre se chega a uma única conclusão em um caso concreto.

Por sua vez, a terceira consequência remete ao tipo de abertura. A vigência dos direitos fundamentais implica um sistema aberto em face da moral, sobretudo nos casos de conceitos materiais básicos de dignidade, liberdade e igualdade, e aqui inclui-se a deficiência seja qual for a sua natureza.

De qualquer sorte, há de se ter em mente que o ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais oponíveis ao legislador, são posições que fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. Há que se refletir sobre a não usurpação, que seria inconstitucional, de competências legislativas pelo tribunal quando instado a se manifestar visando garantir direitos fundamentais, até porque previstos na Constituição, e ainda possui o órgão a função de guarda da Magna Carta. Não se discute, por isso, se o tribunal teria ou não competência de controle no âmbito da legislação, mas qual a sua extensão, evitando o a formação de um superpoder.

Pretende-se com a invocação da Teoria de Alexy, evidenciar que a construção de um sistema que busca efetivar direitos não pode pensar num Estado legiferante que atue desprovido do cuidado de guardar com a Carta Cidadã sob pena de esvaziamento do ordenamento pátrio.

Observa-se que até se chegar a possibilidade de sopesamento, várias reflexões são propostas como forma de aclarar os princípios de modo a verificar o campo de atuação, a forma de incidência bem como a normatização existente, o que evidencia amadurecimento.

Situação peculiar é a vivida pelo Brasil, onde se verifica que a atividade de legislar quase sempre vem dissociada da ideia de que esse mesmo órgão também deve ser guardião da Constituição e por isso, buscar sempre meios de efetivá-la, o que de início já sugere um equacionamento das normas, evitando a colisão entre as mesmas, de modo que se resguarde a segurança jurídica e o próprio objeto tutelado.

Muitas são as considerações sobre a Teoria da Argumentação, não sendo no entanto, este o foco do presente estudo, de sorte que impõe-se considerar apenas a possibilidade de interferência da Teoria da Argumentação Jurídica na busca pela efetivação dos princípios constitucionais, devendo ser destacado o seu ponto de partida, que seria a constatação de que a fundamentação jurídica se refere a questões práticas, vale dizer, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido.

Saliente-se, ainda, que por essas condições não levarem a um único resultado diante de um caso concreto, torna-se indispensável a valoração do que não seja dedutível diretamente da norma preexistente.

Desse modo, a racionalidade do discurso jurídico dependeria de se saber se e em que medida essa valoração adicional seria passível de um controle racional. Atente-se que as disposições de direitos fundamentais são extremamente abstratas, abertas e ideologizadas.

Em linhas gerais, a base da argumentação baseada nos direitos fundamentais pode ser identificada pela lei, pelos precedentes e pela dogmática. No que toca ao texto e à vontade, há de se compreender uma vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte. O texto das disposições de direitos fundamentais vincula a argumentação por meio de um ônus argumentativo a seu favor.

Quanto aos precedentes, a importância se refere à auto avaliação do tribunal como principal intérprete e guardião da constituição. A jurisprudência do tribunal não deve afetar a si mesmo e nem se comprometer pela argumentação de uma decisão anterior.

As duas regras para a utilização dos precedentes dever ser a verificação sobre a

existência de um precedente favorável ou contrário a uma decisão, bem como se ele deve ser utilizado; e a análise se aquele que deseja afastar o precedente tem o ônus da argumentação. Conforme preconizado na Teoria da Argumentação Jurídica, embora seja inegável a contribuição dos precedentes para a segurança na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, ela, por si só, não é suficiente para o controle de racionalidade da fundamentação.

A título de maior contribuição para a argumentação, deve-se indicar a dogmática normativa que, além de reconhecer um direito positivo válido, impõe acréscimos axiológicos e detém um grau de abstração elevado.

Enquanto base para a argumentação, as teorias materiais dos direitos fundamentais possuem natureza essencialmente argumentativa, e não de autoridade. Assim, qualquer que seja a teoria material que se acolha, há necessidade de se partir de um conjunto de valores.

Uma teoria liberal, por exemplo, não é uma corrente da teoria axiológica, mas sim uma expressão de uma teoria axiológica com determinado conteúdo. Toda teoria normativa dos direitos fundamentais pressupõe uma teoria axiológica, teleológica ou principiológica.

Desse modo, sempre que se questiona algo relacionado ao amparo dos direitos daqueles que possuem algum tipo de deficiência, há que se verificar os valores locais, a norma, bem como o amparo fático pleiteado a fim de que se busque a efetivação do direito pleiteado e não apenas um amparo específico e individual, buscando ratificar o texto constitucional.

Cumprir citar a especificidade da teoria institucional dos direitos fundamentais, que se encontra na obra de Häberle, *El concepto de los derechos fundamentales*, informando sobre a aplicação mais abrangente no âmbito dos direitos fundamentais. Sua tese normativa básica é a de que os direitos fundamentais são instituições, e para serem assim considerados, os direitos fundamentais devem: a) ser efetiva e continuamente invocados pelo maior número possível de pessoas; e b) ter o maior grau possível de efeito estabilizador para o todo da constituição e da ordem social.

A partir desse pressuposto, confere-se um peso significativo às finalidades supra individuais, ou, nas palavras de Häberle, “à totalidade supra individual”, na interpretação das disposições de direitos fundamentais, o que evidencia uma tese axiológica fundamental a respeito da relação entre bens individuais e coletivos.

De acordo com essa teoria, afirma-se que os princípios relevantes desempenham um papel, mas o princípio liberal tem um peso relativamente pequeno em relação aos princípios que se referem a interesses coletivos, os quais são dotados de peso relativamente grande. Por

essas razões, é que exatamente a abertura do texto e de sua gênese estabelecem a necessidade de uma teoria material dos direitos fundamentais, remetendo dessa forma à obra de Alexy supracitada, que bem explica o termo.

É de se ressaltar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, parâmetro para a Teoria da Argumentação Jurídica, adota uma teoria combinada, cenário que revela a existência de mais princípios de direitos fundamentais do que apenas o princípio liberal (liberdade jurídica/igualdade jurídica).

Em síntese três fundamentos segundo a obra de Alexy devem ser destacados: primeiro, a lei de sopesamento demonstra que princípios são mais que meros *topoi*. Se os princípios são relevantes, devem ser levados em consideração, o que deve ser atestado nas decisões proferidas pelo judiciário.

Em caso de colisão, deve entrar em cena o sopesamento, questionando se a importância de satisfação de um princípio justifica o necessário grau de não-satisfação do outro, contexto que anuncia uma estrutura racional.

O segundo fundamento aponta para a possibilidade de uma ordem flexível por meio de precedências *prima facie*. O núcleo correto da teoria material de direitos fundamentais, segundo Böckenförde, citado por Alexy, na obra Teoria da Argumentação Jurídica, consiste no reconhecimento de uma precedência *prima facie* para os princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica com a respectiva carga de argumentação a favor destes princípios.

E o derradeiro fundamento é o de que não se pode esperar muito de uma teoria material de direitos fundamentais, sobretudo porque não há soluções viáveis para todos os casos.

O que há, isso sim, é uma estruturação, no maior grau possível de racionalidade, da base argumentativa de uma forma aceitável. Isso se torna possível, desde que a teoria material de direitos fundamentais organize um conjunto flexível a partir de precedências *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica.

Além disso, considerando a incidência de regras e formas de argumentação prática geral e jurídica, alcança-se uma racionalidade estruturada. Enfim, pode-se realizar a razão prática somente no âmbito de um sistema jurídico que aproxime, de forma racional, a argumentação da decisão.

Princípios segundo a definição dos jus filósofos são pois mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus diversos, sendo que a medida devida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas das possibilidades jurídicas. As máximas de

adequação e de necessidade expressam a exigência de uma máxima realização do princípio em relação às possibilidades fáticas.

Voltando ao problema da efetivação dos direitos que devem ser assegurados às pessoas que possuem deficiência, há que se constatar que se deve prezar pela otimização presente na máxima da adequação e não simplesmente na constatação óbvia de que a norma declara direitos e não fornece meios eficazes de os garantir.

E neste viés não se pode ignorar o aspecto negativo, até porque a operação que se realiza é a exclusão de um meio inadequado a se atingir a finalidade inserida no conteúdo da norma de direito fundamental. Algo semelhante é válido para a máxima da necessidade. Dentre dois meios igualmente adequados, deve-se optar por aquele que realize o princípio de modo menos gravoso/intenso.

Assim, segundo a Teoria de Alexy, se houver duas medidas adequadas, deve se optar por aquela menos gravosa, o que nem sempre será simples, dada a necessidade do exame das máximas da adequação e da necessidade, destacando ainda a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que representa a própria otimização em relação aos princípios colidentes.

A lei de sopesamento se inicia pois com a avaliação do grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, após o que se analisa o grau de importância da satisfação do princípio colidente. Apenas depois é que se decide se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

De se registrar que conforme a Teoria da Argumentação de Alexy há uma escala com as categorias “leve”, “moderado” e “sério” para aferir o grau de afetação de um princípio. Se o caso apresentar hipótese de leve intensidade de intervenção e elevada importância na satisfação do direito colidente, tem-se que a intervenção está justificada.

E aqui, mais uma vez se encaixam os questionamentos quanto aos direitos que necessitam ser assegurados aos que possuem deficiência, pois que tais direitos, caso a caso, terão um grau de afetação diferenciado.

Na esteira dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2014, p. 85), a distinção entre regras e princípios “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.

Não se pretende afirmar que os direitos fundamentais estão imunes a impasses estruturais (impasses reais no sopesamento). A discricionariedade que se reconhece para sopesar é estrutural tanto do legislador quanto do Judiciário, não se podendo perder de vista a necessidade de ratificar e alargar ao máximo a aplicação do que vem preconizado na

legislação brasileira quanto aos que possuem qualquer tipo de deficiência, conforme definido, de igual forma, em lei.

2.1 Da solução possível quando da colidência dos princípios constitucionais, com enfoque na dignidade da pessoa humana

Quanto à colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito social, Robert Alexy, na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, explica o fenômeno da colisão de direitos fundamentais segundo um conceito restrito e um conceito amplo.

O conceito restrito se refere exclusivamente a colisões de direitos fundamentais, ao passo que o conceito amplo sugere a colisão de um direito fundamental com uma norma ou princípio constitucional que não seja direito fundamental, podendo ter por objeto direitos fundamentais idênticos ou distintos.

A colisão de direitos fundamentais nesse sentido nasce quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares.

Já a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo remete à ideia da colisão de um direito fundamental com outra norma ou princípio constitucional, geralmente um bem coletivo, a exemplo da segurança pública ou do meio ambiente.

Como forma de solucionar a colisão de direitos fundamentais, Alexy aponta a necessidade de se verificar, no catálogo de direitos fundamentais, se as normas colidentes detêm força jurídica vinculante ou não. Em seguida, indica a necessidade de se verificar se as normas colidentes se tratam de regras ou princípios.

Segundo a definição padrão da teoria da argumentação princípios são normas que ordenam a realização de algo em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas e jurídicas, daí se concluir que são mandamentos de otimização e podem ser preenchidos por graus diferentes.

De outro lado, as regras são normas que se aplicam ou não, contendo fixações no espaço do fática e juridicamente possível, de tudo a revelar sua natureza de mandatos de definição.

O sopesamento torna justificável a intervenção em direitos fundamentais, aparecendo pois a ponderação, que corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da

proporcionalidade do direito alemão.

O autor e professor alemão sustenta que, depois de destacar a importância deste aspecto para o conhecimento da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais se expressa:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo... Outros critérios discutidos são 'a determinabilidade dos casos de aplicação', a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas 'criadas' e normas 'desenvolvidas' – o caráter explícito do seu conteúdo axiológico, referente a ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferentes também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento. (ALEXY, 2011, p. 85/91)

Há que se atentar que a ponderação deve obedecer a critérios e pautar-se nos subprincípios da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado almejado; no também subprincípio da necessidade, segundo o qual um meio não é necessário se há outro menos gravoso e menos interveniente; e no da proporcionalidade em sentido estrito, cuja ideia formula a lei da ponderação de que quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.

Desta forma verifica-se que a ponderação deve ser realizada em três graus. No primeiro, avalia-se a intensidade da intervenção. No segundo, a importância dos fundamentos que justificam a intervenção, e somente no terceiro grau, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro é realizada.

Além disso, a teoria dos princípios possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade, que melhor se amolda à realidade da Constituição Federal de 1988. A teoria dos princípios pode levar a sério a Magna Carta sem exigir dela o impossível, de modo a declarar não plenamente passíveis de cumprimento os princípios quando em conflito com outros princípios, mediante a técnica da ponderação de valores.

Impõe-se esclarecer, brevemente a Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade é uma palavra que tem diversos significados, e entre outras definições é uma atribuição outorgada a quem seja "merecedor". Pessoa humana, por sua vez, é uma identificação jurídica que se baseia em critérios biológicos e filosóficos, diferenciando os Homens dos demais seres vivos, das máquinas e dos objetos inanimados. Taxonomicamente "humano" é o *homo sapiens* ("homem sábio").

A dignidade é um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", tornando-se automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.

É um princípio fundamental que serve a todos os humanos desde a concepção no útero materno, não se vinculando e não dependendo da atribuição de personalidade jurídica ao titular, a qual normalmente ocorre em razão do nascimento com vida.

É ainda um critério unificador de todos os direitos fundamentais ao qual todos os direitos humanos e do homem se reportam, em maior ou menor grau, apesar de poder ser relativizado, na medida em que nenhum direito ou princípio se apresenta de forma absoluta.

A dignidade da pessoa humana tem seu conceito formado por duas identificações: uma externa e outra interna. Nota-se que a identificação externa é deveras insuficiente, razão pela qual afirmam que o princípio da dignidade da pessoa humana não possui uma definição.

Na verdade referido princípio trata-se de uma cláusula aberta, uma fórmula lógica abstrata cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural em cada coletividade.

A dignidade da pessoa humana possui uma identificação externa, como um direito natural, um direito humano, um direito fundamental e um princípio de hermenêutica, é um valor que orienta todos os demais princípios, direitos, deveres e atos, tornando-se assim a pedra angular de todos os direitos fundamentais.

Em sua identificação interna, a dignidade da pessoa humana é um eixo de tolerabilidade, uma linha divisória que delimita até que ponto algo, qualquer fato ou situação, é considerado tolerável por determinada coletividade, conforme suas referidas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural.

A dignidade da pessoa humana possui conceito complexo, como já mencionado, devendo ser levado em consideração os aspectos descritivos, mais comumente revelado por meio da autonomia pessoal, e os normativos.

Nesta senda, o conceito de pessoa proposto por Alexy, em sua obra Dignidade da Pessoa Humana, tem papel fundamental, pois que segundo informa, para ser considerada pessoa faz necessária a presença de três elementos: inteligência, sentimento e consciência, mais especificamente a autoconsciência.

Ao se pensar na dignidade humana há que se refletir sobre duas formulações: a exigência de levar a sério todos os seres humanos; e a exigência de que todo ser humano tem o direito de ser levado a sério enquanto pessoa.

Embora refiram-se ambos à condição humana, revelando um aspecto racional, por meio do qual todo o ser humano é um fim em si mesmo, cabendo ao Estado, na esfera jurídica, resguardar a inviolabilidade da dignidade expressada através da previsão de direitos fundamentais como o direito à vida, direito à igualdade, o direito à integridade física.

A capacidade de se autodeterminar, reside pressupõe condições mínimas como forma de assegurar o exercício digno das escolhas pessoais, e desse modo sujeitar, no plano normativo, o indivíduo a deveres e obrigações, sendo garantida a possibilidade objetiva de decisão, ou seja, o direito à liberdade e o direito à igualdade, não só formalmente, mas materialmente. Autonomia e racionalidade são características inerentes aos seres que possuem dignidade, e nesse sentido, Sarlet (2002, p. 45):

Desmistifica essa questão: Importa, contudo, ter presente a circunstância de que essa liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. O que importa dentro dessa concepção é a construção do conceito social de deficiência, objeto que será estudado no próximo tópico, porém deve se entender que olhar a pessoa com deficiência sob a lente da dignidade da pessoa humana é entender que ela é possuidora dos mesmos direitos que o observador, notadamente a dignidade funciona como um aspecto simbiótico que garante o inter-relacionamento entre as pessoas de uma mesma comunidade.

Cabe aqui um esclarecimento, considerando que o exemplo acima exposto, na citação de Sarlet, leva em conta o absolutamente incapaz, antes da alteração legislativa, adiante especificada, devendo de logo informar que tal definição foi alterada, não existindo mais pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade.

Não se nega que a dignidade seja composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Mas tal afirmativa se aplica apenas na teoria, sendo inegável que a dignidade é um valor universal, inobstante existam diversidades socioculturais dos povos.

Mesmo diante da impossibilidade de efetivação de algum direito fundamental, a positivação dos princípios constitucionais permite assegurar, formalmente, critérios que permitam alcançar a dignidade, viabilizando o alcance da igualdade.

A autoconsciência ou a compreensão da própria existência são relevantes não para efeito de condicionar de modo exclusivo a presença da dignidade, pois o ser humano continua como tal mesmo quando perde essas possibilidades. Entretanto a efetivação dos direitos pressupõe a busca pelos mesmos, justificando a importância da autoconsciência, acima

mencionada.

Revela-se assim a dignidade da pessoa humana como “conceito ponte”, pois permite conectar a pessoa em si e o direito a ela dirigido, como garantia, expresso por meio das formulações acima descritas.

Ainda há que se atentar que o princípio da dignidade não pode ser visto unicamente como princípio absoluto, vez que para se assegurar seu cumprimento por vezes se torna necessário por meio da proporcionalidade abrir mão de determinado direito para otimizar outro, variando caso a caso.

Ao se pensar na dignidade como regra, nota-se que embora seja um conceito possível, não possui eficácia, uma vez que não admitiria qualquer relativização, desvalorizando-se, o que não se mostra possível diante da realidade.

Pense-se na situação do deficiente que não tendo como se socorrer de um meio de comunicação para falar com o serventário do cartório, quando da formalização da união estável, tenha que se socorrer de outro meio, não previsto, para efetivar o direito. Como se socorrer de solução, se não prevista em lei? Se visto como regra, não admitiria qualquer relativização, ainda que isso implique em não alcance do direito.

Por vezes, o valor comunitário, a solidariedade, assumem relevante papel na proteção de direitos de terceiros e dos valores sociais, o que evidencia o princípio em estudo como um conceito relativo, apto a admitir novas soluções desde que busque sua efetivação.

Para se assegurar a dignidade humana no mais alto nível deve-se pensar na interpretação sistemática, permitindo-se o balanceamento dos princípios constitucionais, de modo que se verifique casuisticamente a necessidade de otimização de cada princípio.

Ainda com relação à dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos sociais prestacionais, é extremamente relevante fazer empréstimo das palavras de Ingo Sarlet (2012, p. 114):

Assim sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentais em geral) consagrados na constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana, e portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes.

Não há nada que agrade a todos, mas ainda que algo seja desagradável existem

desprazeres que são decorrentes da vida em coletividade, sendo portanto, toleráveis. A tolerabilidade em geral é um parâmetro para a edição de normas e atos jurídicos. Mas, há que se destacar que a tolerabilidade em concreto deve ser analisada caso a caso, ante a impossibilidade de se prever juridicamente todas as hipóteses que poderão ocorrer no mundo real dos fatos.

Quanto aos fatos e às situações considerados violadores da dignidade humana, estes são aqueles que o Estado e a coletividade não poderiam exigir que qualquer indivíduo os tolerasse.

Em que pese poder o indivíduo optar por suportar certas situações intoleráveis, tal fato não é a regra, pois que apenas poderá assim proceder se se tratar de direito ou bem jurídico disponíveis. O Estado não pode obrigar qualquer pessoa a realizar uma escolha, impondo que tolere determinada circunstância, sob pena de violar-lhe a dignidade como pessoa humana.

Não há como falar em dignidade da pessoa humana sem correlacioná-la ao conceito de mínimo existencial abordado por diversos autores. Até que ponto a privação do ser humano a certos bens, oportunidades ou direitos é considerada intolerável? O que aviltaria a existência do ser?

A tolerabilidade não se refere ao que cada indivíduo isoladamente possa suportar, não sendo um critério subjetivo, pois se trata de um juízo objetivo, uma fórmula que deve ser aplicada com base nos parâmetros gerais da coletividade na qual o indivíduo se insere em razão da necessária segurança jurídica, esta que é um dos elementos primordiais a justificar a existência e constituição dos Estados sobre os indivíduos.

Não se pode negar que as coletividades humanas modificaram ao longo do tempo, daí porque inclusive o Direito não é estático. Nesse diapasão um fato antes tolerável, pode tornar-se intolerável por uma coletividade e vice-versa.

Não se busca afirmar a supremacia absoluta dos princípios que embasem eventual direito que tenha sido violado da pessoa com deficiência, não se quer nem mesmo elevar a um grau diferenciado a dignidade da pessoa humana, destacando-a do ordenamento como algo que jamais poderá ser atingido.

Busca-se por meio da técnica da ponderação, acima referida, propor soluções que atentem para a necessidade da intervenção estatal, e/ou do judiciário, quando se verifica que a norma que preconiza o mínimo para que haja a inserção da pessoa com deficiência, não possui a menor condição de ser implementada em sua totalidade, seja por falta de adaptação à realidade existente, a exemplo da análise dos valores que embasam a sociedade brasileira

como um todo, seja por ausência de meios que permitam efetivar o que tenha sido codificado como meio de inserir a pessoa com deficiência, a exemplo da possibilidade dos deficientes constituírem família sem a necessidade de intervenção de qualquer pessoa.

Neste mister, cabe trazer à tona a Lei 13.146, que entrou em vigor em janeiro de 2016, instituindo o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e trazendo grandes alterações no ordenamento jurídico.

É certo que a lei visa assegurar a plena inclusão de pessoas que eram tidas como absolutamente e relativamente incapazes no ordenamento jurídico anterior, promovendo mais condições de igualdade no exercício de seus direitos e liberdades, mas será que ela viabiliza efetivamente esse exercício preconizado?

O Código Civil (CC), antes das alterações, tratava as pessoas com deficiência como pessoas absolutamente incapazes para exercer pessoalmente atos da vida civil, não podendo se negar que as alterações ora referidas trouxeram impactos no Direito de Família e Sucessões.

Nos princípios da idoneidade e da necessidade, a otimização é pensada sob a ótica de circunstâncias fáticas. A idoneidade nada mais é do que a otimidade-pareto: uma posição pode ser melhorada sem desvantagens às demais. A mesma lógica se observa para a necessidade.

Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária a ponderação, que é o objeto do princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Sentenças de proporcionalidade promovem, como todas as sentenças, uma pretensão de correção, e essa pretensão se apoia em sentenças sobre graus de intensidade como fundamentos.

Necessário mencionar ainda Habermas, quando tece críticas a ponderação aduzindo ser essa técnica demasiadamente aleatória e portanto, ineficaz. Atente-se que as suposições, que estão na base das sentenças sobre a intensidade das intervenções na liberdade de ir e vir e na personalidade, por exemplo, não são arbitrárias.

O conceito de coerência não é o mesmo de consistência. Uma teoria consistente é aquela que não apresenta nenhuma contradição lógica. Já o conceito de coerência tem como chave o conceito de fundamentação, devendo ser advertido que quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações, maior será a sua coerência.

Os critérios de coerência são definidos não só pela existência de graus distintos, mas também pela possibilidade da colisão. Em relação às propriedades da estrutura de fundamentação, uma exigência mínima de coerência é que entre as declarações de um sistema haja relações de fundamentação.

Assim, quanto mais declarações de um sistema são fundamentadas por uma declaração,

maior será a coerência do sistema. E aqui cabe questionar mais uma vez o ordenamento pátrio no que toca ao amparo ao deficiente, afinal as normas que tutelam os direitos desse grupo possuem relação de fundamentação ou apenas afirmam regras impostas?

Quanto à extensão da coerência, cumpre salientar que quanto mais extensas são as correntes de fundamentação de um sistema, maior será a coerência. Ademais, registre-se que a forma de enlace mais importante para sistemas normativos existe quando declarações distintas, relativamente especiais, são fundamentadas pelas mesmas declarações, relativamente gerais.

Na mesma medida, quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema. A existência de fundamentações empíricas mútuas é diretamente proporcional à coerência do sistema.

Ainda, que a propriedade criadora de coerência mais importante dos conceitos é a comunidade, e revela dois aspectos: universalidade e generalidade. Um conceito será tanto mais geral, quanto mais ampla a sua extensão, daí se concluir que quanto mais conceitos gerais uma teoria possui, maior a sua coerência.

A declaração é universal quando diz respeito a todos os indivíduos com determinadas características, isto é, quando possui um quantificador universal, de sorte que quanto maior o número e a diferença de casos aos quais uma teoria se aplica, maior a coerência do sistema.

Enfim, a justiça exige o encaixe de uma fundamentação jurídica em um sistema tão coerente quanto possível, à semelhança da otimização que se prega aos princípios. Afirmar por meio de uma norma ser determinado direito fundamental não é suficiente. A esse respeito Sarlet afirma (2011, p. 21):

Os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade (...) Praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Eis a importância da contribuição de Alexy, na medida em que permite efetivar a dignidade da pessoa humana, ainda que tenha que se socorrer a não positividade, desde que se preze pela efetiva inclusão dos deficientes, preteridos em seus direitos em regra por ausência de amparo para a concretização do que já está codificado.

3 HISTÓRICO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: DO INVISÍVEL À CATEGORIA DE MINORIA RECONHECIDA SOCIALMENTE, AINDA DE QUE MODO INCIPIENTE.

De início impende esclarecer que não há apenas um termo correto, válido universalmente e de maneira fixa para se referir aos deficientes, pois que em cada momento são usados termos que são compatíveis com os valores pertencentes a cada sociedade. As alterações dos termos usados acompanham a evolução do relacionamento da coletividade em geral com as pessoas que possuem algum tipo de deficiência.

Ao se observar a trajetória dos nomes utilizados para se referir às pessoas com deficiência no Brasil, nota-se que vários foram os termos atribuídos, sendo importante destacar que o uso da nomenclatura certa para a definição de pessoas com deficiência não se resume a uma simples questão ortográfica, sendo questão de efetiva busca pela inclusão social, buscando a superação de preconceito.

Conceitos corretos em tempos passados tornaram-se obsoletos pois que passaram a transmitir ideias equivocadas sobre este grupo de pessoas, daí a necessidade de se adotar conceitos padrões e atuais sobre a nomenclatura a ser utilizada para designar pessoas com deficiência.

Visando padronizar adotando a terminologia que atente ao respeito necessário aos deficientes, chegou-se ao consenso para a utilização das seguintes nomenclaturas a serem adotadas: pessoa com deficiência e não portador de deficiência, ou portador de necessidades especiais. Não se utiliza mais estes últimos termos uma vez que o deficiente não porta uma deficiência, apenas tem uma deficiência.

Termos como incapacitado, aleijado, defeituoso, inválido, refletem o processo de discriminação por que passou esta classe de indivíduos, tendo sido extirpados de uma vez do ordenamento pátrio.

Os arquivos da História brasileira evidenciam referências variadas a “aleijados”, “enfeitados”, “mancos”, “cegos” ou “surdos-mudos”, que assim como ocorria no continente europeu, tais nomes referiam-se à população pobre e miserável. Isso mostra que no Brasil a pessoa deficiente foi incluída, por vários séculos, na categoria mais ampla dos “miseráveis”, talvez o mais pobre entre os pobres, conforme constatado por Silva (1987), em sua obra *A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*.

Figueira em sua obra *Caminhando no Silêncio – Uma introdução à Trajetória das*

Pessoas com Deficiência na História do Brasil, buscou marcar a introdução à história das pessoas com deficiência no Brasil, informando que “(...) as questões que envolvem as pessoas com deficiência no Brasil – por exemplo, mecanismos de exclusão, políticas de assistencialismo, caridade, inferioridade, oportunismo, dentre outras – foram construídas culturalmente” (FIGUEIRA, 2008, p.17).

Assim sendo, é importante ter em mente que questões culturais demoram a ser revertidas, mas este é o movimento que tem sido priorizado pelas pessoas com deficiência nas últimas décadas.

Por uma perspectiva geral, é possível identificar aspectos importantes, como a política de exclusão das pessoas com algum tipo de deficiência praticada pela maioria dos povos indígenas, identificando-se os maus-tratos e a violência como fatores determinantes da deficiência nos escravos africanos, consolidando a associação entre deficiência e doença, como praticado desde os primeiros momentos da história da deficiência no Brasil.

Sobre o primeiro aspecto, são reproduzidos relatos históricos que atestam condutas, práticas e costumes indígenas que significavam a eliminação sumária de crianças com deficiência ou a exclusão daquelas que viessem a adquirir algum tipo de limitação física ou sensorial.

Cabe destacar que não se pode julgar tais práticas com os olhos de hoje, o que levaria a uma análise pejorativa e até mesmo preconceituosa em relação à população indígena.

Entre os índios que habitavam o território que seria futuramente o Brasil, preponderou a exclusão das crianças e o abandono dos que possuíam ou adquiriam alguma deficiência. Costumes que repetem os praticados outros por povos da História Antiga e Medieval, evidenciando que a deficiência era entendida como castigo dos deuses ou de forças superiores.

As crendices e superstições associadas às pessoas com deficiência se reproduziram ao longo da história brasileira. Chama a atenção que ainda para as doutrinas religiosas contemporâneas, as deficiências adquiridas são vistas como determinação divina ou espiritual, o que revela clara contradição com o paradigma social e os direitos humanos.

A deficiência física ou sensorial nos negros escravos, que em regra derivou dos castigos físicos a que eram submetidos, já representava em si uma punição. A forma como se dava o tráfico negreiro, em embarcações abarrotadas e em condições cruéis, já trazia em si um meio de disseminação de doenças incapacitantes, que certamente deixavam sequelas, quando provocavam a morte de inúmeros escravos.

Os documentos oficiais da época retratam a violência e a crueldade dos castigos físicos

aplicados nos engenhos de açúcar e nas primeiras fazendas de café.

Cite-se como exemplo, o rei D. João V, que por meio de um alvará, em 03 de março de 1741, definiu expressamente a amputação de membros como castigo aos negros fugitivos que fossem capturados.

Nesta época várias punições eram previstas em leis, e sendo inclusive ratificadas pela Igreja Católica. O que ao certo limitou a punição dos escravos foi o seu valor patrimonial, pois que a perda do mesmo implicava diretamente em perda de mão-de-obra, sobrando a este grupo de pessoas a própria sorte, como critério para adquirir eventual deficiência, pois que nem mesmo com a Igreja poderiam contar.

Os colonos portugueses, devidos as condições climáticas, diferente das que conviviam em suas terras natal, pagaram o preço da colonização com sua própria saúde, adquirindo as mais diversas doenças, sendo que “algumas dessas enfermidades de natureza muito grave chegaram a levá-los a aquisição de severas limitações físicas ou sensoriais” (FIGUEIRA, 2008, p. 55).

A formação da população do Brasil Colônia, segundo o historiador da medicina Licurgo Santos Filho revela que “tal e qual como entre os demais povos, e no mesmo grau de incidência, o brasileiro exibiu casos de deformidades congênicas ou adquiridas. Foram comuns os coxos, cegos, zambros e corcundas” (SANTOS FILHO *apud* FIGUEIRA, 2008, p. 56).

No século XIX, a deficiência se torna mais recorrente por conta do aumento dos conflitos militares, a exemplo de Canudos, a guerra contra o Paraguai, entre outras. Em razão da preocupação com os soldados mutilados foi inaugurado em 29 de julho de 1868, no Rio de Janeiro o “Asilo dos Inválidos da Pátria”, local em que “seriam recolhidos e tratados os soldados na velhice ou os mutilados de guerra, além de ministrar a educação aos órfãos e filhos de militares” (FIGUEIRA, 2008, p. 63).

Aparece então a intenção humanitária, embora ainda patente a precariedade no funcionamento da instituição no período imperial, embora já representasse alguma melhora nas condições do atendimento aos deficientes. O Asilo Inválidos da Pátria funcionou por 107 anos, sendo desativado em 1976.

O avanço da medicina que sucedeu no século XX desencadeou a criação de hospitais-escolas, como o Hospital das Clínicas de São Paulo (na década de 40), representando novos estudos e pesquisas no que toca a reabilitação, evidenciando a associação entre a deficiência e a área médica.

Em 1854 foi criado o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, expondo a relação direta

entre doença e deficiência, o que se perpetua ainda atualmente, apesar do movimento organizado das pessoas com deficiência, a partir de 1981, conclamando o “modelo social” para tratar dessa questão, como modelo apto a substituir o “médico-clínico”.

O grau de desconhecimento sobre as deficiências em geral, bem como sobre as suas potencialidades se perpetua até a primeira metade do século XX, época em que as pessoas com deficiência mental eram tratadas como doentes mentais. Á mingua de exames ou diagnósticos mais precisos culminou numa vida trágica para inúmeras pessoas nesta condição, que ficavam internadas em instituições, excluídas do convívio social.

As pessoas com deficiência eram em regra de responsabilidade única da família, cenário que sofreu alteração com O Imperial Instituto dos Meninos Cegos, que transferiu para o Estado o “problema” da deficiência.

O que foi feito não como questão geral de política pública, já que a transferência da responsabilidade se deu em verdade para instituições privadas e beneficentes, eventualmente apoiados pelo Estado. Referidas instituições assumem a responsabilidade com os deficientes indo além da reabilitação médica, pois que passam a assumir também a educação das pessoas deficientes.

Dados oficiais revelam que até 1950 existiam quarenta estabelecimentos de educação especial somente para deficientes intelectuais, sendo quatorze para outras deficiências, principalmente a surdez e a cegueira. A década de 40 firma a expressão “crianças excepcionais”, referindo-se a “aquelas que se desviavam acentuadamente para cima ou para baixo da norma do seu grupo em relação a uma ou várias características mentais, físicas ou sociais” (FIGUEIRA, 2008, p. 94).

A coletividade não permitia que tais crianças frequentassem as escolas regulares, surgindo em 1952, em decorrência disso, entidades até hoje conhecidas, como a Sociedade Pestalozzi de São Paulo, seguida em 1954 pela criação da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) do Rio de Janeiro.

Instituições que assumiram o papel de defensores da deficiência, pressionando o poder público para que fosse incluído na legislação e na dotação de recursos a “educação especial”, o que se concretiza por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, através da Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

O tempo indicou que, seguindo a tendência mundial, as pessoas com deficiência estão aptas a frequentar ambientes escolares e de trabalho comuns aos demais indivíduos, não sendo necessária a limitação das mesmas ao espaço familiar ou de instituições especializadas.

Por conta desse fenômeno, a partir da década de 80, se verifica a expansão de leis e decretos sobre os mais variados temas que abordam a deficiência, evidenciando a necessidade de se direcionar maior espaço a este grupo de pessoas que em nada são piores que os demais cidadãos.

A fim de demonstrar a evolução das nomenclaturas, segue um apanhado sobre os termos excludentes e os atuais, usado para designar a pessoa com deficiência. O deficiente intelectual era anteriormente chamado de deficiente mental, ou de retardado mental. Do mesmo modo pessoa com deficiência física era designada como defeituoso físico.

Seguindo o padrão da atribuição de estigma, as crianças com deficiência intelectual eram chamadas de excepcionais. A língua usada para comunicação de parte dos deficientes também sofreu alteração em seu nome, assim LIBRAS deixou de ser Linguagem Brasileira de Sinais e passou a ser língua de sinais brasileira, pois se trata de uma língua e não de uma linguagem.

As necessidades educacionais especiais deixaram de ser chamadas de educativas especiais; as pessoas em cadeira de rodas; que andam em cadeira de rodas; ou que usam cadeira de rodas deixaram de ser nominadas como pessoa presa a uma cadeira de rodas, buscando retirar o sentimento de piedade provocado pelo uso do termo. Cabe aqui aclarar que no contexto coloquial, é correto o uso do termo cadeirante.

Nota-se por todos os relatos apresentados que enquanto “algumas culturas simplesmente eliminavam as pessoas deficientes, outras adotaram a prática de interná-las em grandes instituições de caridade, junto com doentes e idosos.” (SASSAKI, 1997, p.1)

Atente-se ainda que se deve evitar o uso de siglas para seres humanos, sendo as mesmas utilizadas apenas quando necessária a abreviação, que dever ser PcD – Pessoa com Deficiência.

Todas as alterações promovidas nas nomenclaturas que se referem ao deficiente revelam a tendência no sentido de parar de usar a palavra “portadora”, como substantivo e como adjetivo, pois que se refere à própria condição da pessoa, sendo a deficiência portanto parte do indivíduo.

Diversos foram os documentos do Sistema ONU que trataram sobre a deficiência, revelando a preocupação com a efetiva inclusão, aqui defendida, merecendo destaque a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Unesco) em 1990; as Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência (ONU), em 1993; a Inclusão Plena e Positiva de Pessoas com Deficiência em Todos os Aspectos da Sociedade (ONU),

também 1993; a Declaração de Salamanca e Linhas de Ação sobre Educação para Necessidades Especiais (Unesco), em 1994; e a Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (OMS), em 2001, vindo a substituir a Classificação Internacional de Impedimentos, Deficiências e Incapacidades, de 1980.

Em 2004, seguindo a evolução necessária para a inclusão dos deficientes, aconteceu a Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual (OMS-Opas). Ainda em 2004 também se deu a Declaração sobre o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência (OIT). Seguida em 2006 pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU), adotados em 13/12/06 pela Assembleia Geral da ONU; ratificados e incorporados à Constituição do Brasil através do Decreto Legislativo 186, de 9/7/2008, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25/8/2009. E em 2011 aconteceu o Relatório Mundial sobre a Deficiência (OMS).

Tantos foram ainda os documentos de outros organismos mundiais que tratavam sobre deficiência, podendo ser mencionados a Declaração de Cave Hill, em 1983; a Declaração de Harare em 1991; a Declaração de Vancouver, em 1992; a Declaração de Santiago, a Declaração de Maastricht, e a Declaração de Manágua, todas em 1993.

Nesse contexto, deve ser mencionada que o CIDID (Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens), em 1989 assim define a deficiência (PORTUGAL, 1989 *apud* AMIRALIAN, 2000, p. 3):

Deficiência - perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão. Incapacidade- restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial, ou outra. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária. Desvantagens- prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais. Caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social. Representa a socialização da deficiência e relaciona-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência.

Há ainda que lembrar que a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1995), relata sobre o tema, aduzindo que o Prejuízo é alguma diminuição ou anormalidade da estrutura ou das funções anatômicas, físicas ou psicológicas; enquanto que a Deficiência é, por sua vez, alguma restrição ou

falta de habilidade (resultante do prejuízo) para realizar uma atividade dentro dos padrões de alcance dos seres humanos. Nesse contexto ainda define como Impedimento, uma desvantagem individual, resultante do prejuízo ou da deficiência, que limita ou compromete o desempenho considerado normal, tendo de ser analisado à luz da idade, do sexo e dos fatores sociais e culturais. Na deficiência intelectual não se considera a pessoa como incapaz, pois, de pessoa. Nessa senda, fica constatado que as possibilidades de adaptação e aprendizagem são justificadas pela peculiaridade de cada sujeito, de modo que as pessoas com deficiência intelectual possuem diferenças entre si como todos os demais seres humanos, denominados como “normais”.

Em 1999, foi proclamada a Carta para o Terceiro Milênio e ainda neste ano se deu a Declaração de Washington, seguida no mesmo ano pela Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como a Convenção da Guatemala.

Em 2000, aconteceram a Declaração de Pequim e a Declaração de Manchester sobre Educação Inclusiva. Em 2002 sucederam a Declaração Internacional de Montreal sobre Inclusão, a Declaração de Madri, a Declaração de Sapporo e a Declaração de Caracas.

A Declaração de Kochi e a Declaração de Quito aconteceram em 2003, seguidas em 2004 pela Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual, em 2005 pela Aliança Global sobre Educação Inclusiva, em 2006 – Declaração da Década das Américas pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas com eficiência (2006-2016), em 2008 pela Carta de Santos, em 2009 pela Declaração de Kampala e em 2011 pela Declaração de Durban, dados coletados na obra de Sasaki, Como chamar as pessoas que têm deficiência?

A nossa trajetória histórica, quando as pessoas com deficiência eram “ignoradas” ou “caminhavam em silêncio”, se encerra no ano de 1981, declarado pela ONU como Ano Internacional da Pessoa Deficiente (AIPD).

A Unicef, aponta que as principais causas das deficiências no Brasil são a nutrição inadequada de mães e crianças, doenças infecciosas, acidentes e ocorrências de acontecimentos anormais nas fases pré-natais e pós-natais, sem desprezar ainda os problemas sociais que são responsáveis por deficiências como violência, acidentes, baixo nível socioeconômico, falta de conhecimentos, uso de drogas, exclusão e abandono social. (HONORA; FRIZANCO, 2008).

Figueira retrata em sua obra a conscientização dos deficientes, como forma de buscar os direitos que lhes são inerentes, ao afirmar que:

Se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981 – Ano Internacional da Pessoa Deficiente -, tomando consciência de si, passou a se organizar politicamente.

E, como consequência, a ser notada na sociedade, atingindo significativas conquistas em pouco mais de 25 anos de militância. (FIGUEIRA, 2008, p. 115)

O Ano Internacional da Pessoa Deficiente reflete a conscientização, sendo o ano de 1981 marcado por manifestações que visavam mostrar a existência e os direitos das pessoas com deficiência, lutando contra a invisibilidade, apesar de antes mesmo desse período terem havido vários casos de êxito individual de pessoas com deficiência.

Mesmo com as críticas e os descontentamentos de parte da população da época, o Ano Internacional cumpriu seu papel de alertar a sociedade para a questão da deficiência. Conforme narra Figueira: “boa ou má, a situação das pessoas com deficiência começou a ser divulgada a partir de 1981. Inclusive, elas mesmas começaram a tomar consciência de si como cidadãs, passando a se organizar em grupos ou associações” (FIGUEIRA, 2008, p. 119). O que antes era um fardo individual e/ou familiar passa a ser ao menos notado pela sociedade, refletindo a necessidade de alteração urgente.

A história dos deficientes foi marcada inicialmente pela eliminação e exclusão, passando-se em seguida por um processo de integração parcial através do atendimento especializado, o que trouxe alteração dos rótulos associados às pessoas com deficiência, tidas, em regra, como incapazes e/ou doentes crônicas.

Irromper com a política meramente assistencialista para as pessoas com deficiência não se mostrava tarefa simples, mas tal fato havia se iniciado com o avanço da legislação nacional sobre este tema, trazendo inclusive a peculiaridade de contar a contribuição direta das próprias pessoas com deficiência.

Este movimento inicia o processo de ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) pelo Brasil, conferindo inclusive, o status de emenda constitucional aos direitos ali assegurados.

O diferencial da participação direta e efetiva dos indivíduos com limitações físicas, sociais e cognitivas na elaboração da Convenção (e posteriormente na sua internalização) deriva do crescente fortalecimento deste grupo de pessoas, que resistiu a severos preconceitos e passou a exigir os direitos que lhes foram provados, tais quais, civis, políticos, sociais e econômicos.

No contexto normativo, não pode deixar de ser mencionado ainda a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York em 30 de março de 2007, repercutindo em avanços sociais para todos, reforçando a repercussão do movimento de inclusão das pessoas com deficiência.

Há ainda que se observar a tutela dos capazes e incapazes, inserida com o objetivo de proteger os que não possuíam necessário discernimento, quando da edição do Código Civil de 1916.

Seguindo a tendência da proteção dos deficientes o Código Civil vigente (2002) trouxe em seu bojo alguns artigos dedicados ao tema. O atual Código de Processo Civil também tutela direitos dos deficientes ao estabelecer regras sobre a capacidade relativa e absoluta, bem como para o processo de interdição dos deficientes, trazendo novos regramentos, que alteram muitos dos conceitos anteriores, sem se preocupar em efetivar qualquer das normas trazidas.

Por derradeiro, destaque-se a Lei nº 13.146, datada de 06 de julho de 2015, introduzida no ordenamento brasileiro com o propósito de promover a inclusão da pessoa com deficiência.

E aqui, cabe esclarecer que os deficientes, quando da entrada em vigor da norma em comento já possuíam alguns dos seus direitos amparados pelas normas então vigentes, como se constata pela narrativa acima, tendo inclusive na Carta de 1988 a prescrição sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o que repercute diretamente sobre os direitos aqui mencionados.

Dúvidas não pairam de que a proteção direcionada às pessoas com deficiência deve refletir uma das faces do princípio da dignidade da pessoa humana, priorizada pelos ordenamentos acima mencionados, que passam a dar maior importância ao tema, tutelando direitos específicos.

Como reflexo das alterações legislativas no que atine à dignidade da pessoa humana, atente-se que houve maior participação e inclusão na sociedade das pessoas com deficiência em geral, havendo entretanto, uma longa distância para que haja efetiva igualdade de oportunidades, de acessibilidade e não discriminação desta categoria.

Daí porque ainda existem discussões acerca desse tema, pois que além de ser assunto inerente aos direitos humanos, representa aspectos do respeito e da valorização da diversidade humana, uma vez que as pessoas com deficiência refletem de formas distintas as inúmeras diferenças humanas, bem como as particularidades, incongruências, fraquezas e fortalezas, presentes em qualquer outra pessoa.

A presença de vários grupos de pessoas com deficiência na linha de frente das reivindicações políticas representa sem dúvidas um marco decisivo na história do movimento. Com o lema: “nada sobre nós sem nós”, buscou-se promover a defesa dos interesses políticos dos grupos que representam as pessoas com deficiência, conseguindo assim, ao longo dos últimos anos, ampliar o espaço dessa categoria também no cenário político nacional.

É certo que há avanços conquistados nos últimos anos nas políticas para pessoas com deficiência, fruto da participação popular e do diálogo democrático, ainda mitigados, estabelecidos entre sociedade e governo.

Mas, algumas efetivações sobre saúde, reabilitação, acessibilidade, educação e emprego embora promovidas pelo governo no sentido de contemplar parte das necessidades apresentadas, não suprem as necessidades deste grupo de cidadãos.

Há que se buscar estabelecer um compromisso de responsabilização social pela sociedade, buscando avaliar a implementação, as medidas e as providências pendentes que viabilizem a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

3.1 A inclusão das pessoas com deficiência e/ou limitação funcional e o atual panorama da população com deficiência no Brasil

Importante trazer a tona a dinâmica dos indicadores socioeconômicos da população com deficiência e limitação funcional em 2000 e 2010 para mostrar o cenário de exclusão. Assim, identifica-se grupos populacionais com diferentes níveis de deficiência e/ou limitação funcional, apresentando-se os dados e resultados obtidos nos Censos demográficos para esse segmento populacional.

Pretende-se, com base no Censo de 2010, traçar um panorama atual sobre o cenário de participação das pessoas com deficiência no conjunto da população, com foco nas características socioeconômicas e nas condições de acesso ao trabalho, estabelecendo-se por fim um comparativo com as situações observadas no Censo de 2000.

Atualmente constata-se uma variação imensa de limitações físicas, sensoriais e cognitivas, que correspondem a diferentes níveis de dificuldade funcional. Daí a importância de trazer a tona o “paradigma social” da deficiência que trabalha com o entendimento de que, além dos impedimentos de ordem física, o que contribuiu sobremaneira para a instalação da condição de deficiência como exclusão é o entorno social, o grau de acessibilidade e autonomia disponível para aquele indivíduo com deficiência.

A este respeito, vale mencionar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com o Deficiência (CDPD), primeiro tratado sobre direitos humanos aprovado pela ONU no século XXI, que trouxe a seguinte definição: “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, sensorial ou cognitiva, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as

demais pessoas” (artigo 1º, CDPD, 2006).

Nessa definição, está presente a ideia de avaliar a deficiência para além da condição médica-clínica, considerando as barreiras existentes na sociedade. Em relação a avaliação de políticas públicas para este grupo de pessoas atente-se que a concessão de benefícios e o exercício de direitos concedidos por Lei, precisa ser norteado por critérios técnicos e mais objetivos para que não se cometam injustiças.

Segundo Voivodic (2007), a inclusão, historicamente, também está ligada a movimentos de pais de crianças com deficiência, as famílias dos deficientes colaboraram e ainda colaboram muito para as conquistas e direitos dos deficientes, e mesmo os deficientes hoje sabem seus direitos e brigam por eles. O princípio básico da inclusão escolar consiste em que as escolas reconheçam diversas necessidades dos alunos e a elas respondam, assegurando-lhes uma educação de qualidade, que lhes proporcione aprendizagem por meio de currículo apropriado e promova modificações organizacionais, estratégias de ensino e uso de recursos, dentre outros quesitos.

A “Lei de Cotas”, por exemplo, considera pessoas com deficiência aqueles que, mediante a apresentação de laudo médico, se enquadram nas definições de deficiência física, visual, auditiva, mental ou múltipla que constam do Decreto Federal 5.296/04 (SASSAKI, 2008).

Não há como por meio de Censos Demográficos utilizar critérios técnicos para indagar a população sobre o tema, não sendo pois possível que o recenseador avalie a condição clínica da deficiência. Por isso, quando da preparação do Censo de 2000, conforme determinado pela Coordenadoria para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) da época, órgão de assessoria da Presidência da República nessa área, optou-se pela utilização da (CIF) Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidades e Saúde, para avaliar a questão da deficiência a partir da auto declaração do morador de cada domicílio, como ocorre para as demais variáveis.

Dessa forma, outra dificuldade já se evidencia, constatando-se a impossibilidade de se verificar ao certo o quantitativo de deficientes no Brasil. O Censo avaliou o grau de dificuldade (total, grande, algum ou nenhum) para andar/subir escadas, ouvir e enxergar, além de possuir uma pergunta específica sobre a deficiência mental.

O desafio que se mostrou aos estudiosos e aos pesquisadores do tema foi tentar compatibilizar as informações do Censo com as “condições tradicionais” de deficiência física, sensorial ou mental.

A pesquisa “Retratos da Deficiência no Brasil (2003)”, por exemplo, desenvolvida pelo Centro de Pesquisas Sociais da Fundação Getúlio Vargas (CPS/FGV), teve como parâmetro dois grupos distintos: a) o universo geral de pessoas com deficiência (PPDs) – que declararam qualquer tipo de deficiência ou incapacidade no Censo de 2000 (total, grande ou alguma); b) pessoas preceptoras de incapacidade (PPIs), restringindo apenas aqueles que declararam ter incapacidade “total” para andar, ouvir e enxergar, além dos indivíduos com deficiência mental. Para que se tenha uma ideia, o primeiro grupo representava 14,5% da população pelo Censo de 2000, enquanto este último contingente – PPI – correspondia a apenas 2,5% (NERI, 2003).

Buscou-se constatar as “deficiências convencionais”, e a partir de então buscar por meio de um subgrupo considerar as deficiências mais severas como decorrência da constatação:

Há um inflacionamento das deficiências no Censo de 2000, pois ao incorporar no universo dos deficientes as pessoas com alguma ou grande dificuldade de caminhar, enxergar ou ouvir, o Censo acabou por classificar grande parte da população idosa como tal, uma vez que essas dificuldades funcionais tendem a acompanhar o processo natural de envelhecimento (NERI, 2003, p. 53).

Observe-se que a proposta metodológica limita a população com deficiência, pois além dos que se declararam totalmente incapazes para encaminhar, enxergar ou ouvir, deveria se pensar em incluir no senso os indivíduos que disseram ter “grande” dificuldade para realizar tais ações, deixando de fora apenas os que afirmaram ter alguma dificuldade (GARCIA, 2010).

Dessa forma, os dados apresentados adiante tratam dos grupos populacionais a seguir descritos: PcD, referindo-se ao contingente de “pessoas com deficiência”, dado por aqueles que disseram ter “total” ou “grande” incapacidade para enxergar, ouvir e/ou andar/subir escadas; acrescidos daqueles que assinalaram “sim” quanto à “deficiência intelectual/mental”; PLF, designando as “pessoas com limitação funcional”, que declararam ter apenas “alguma” dificuldade para enxergar, ouvir e/ou andar/subir escadas; e PsDLF, relativo ao contingente de pessoas que não declararam qualquer tipo de deficiência ou limitação funcional.

A hipótese testada foi a de que as pessoas com deficiência (PcD) por enfrentarem condições adversas em termos de formação escolar e acesso ao trabalho, como decorrência das barreiras e obstáculos sociais, apresentaram desvantagens em termos dos indicadores socioeconômicos observados tanto na população em geral (PsDLF) como no segmento populacional com limitações funcionais (PLF).

Os indicadores relativos à ocupação, desemprego, rendimentos, dentre outros, obtidos

nos Censos Demográficos de 2000 e 2010, serviram para fomentar o trabalho de constatação.

Tabela 1 - População consoante o tipo de deficiência (Dados referentes ao Brasil entre 2000 e 2010)

Tipo	Categorias	2000		2010	
		N (1.000)	%	N (1.000)	%
Problema mental permanente	Sim	2,845	1.7	2,612	1.4
	Não	166,472	98.0	188,100	98.6
	Ignorado	556	0.3	44	0.0
Capacidade de enxergar (permanente)	Incapaz	148	0.1	506	0.3
	Grande dificuldade	2,436	1.4	6,057	3.2
	Alguma dificuldade	14,061	8.3	29,211	15.3
	Nenhuma Dificuldade	152,667	89.9	154,915	81.2
	Ignorado	561	0.3	67	0.0
Capacidade de ouvir (permanente)	Incapaz	166	0.1	344	0.2
	Grande dificuldade	883	0.5	1,799	0.9
	Alguma dificuldade	4,686	2.8	7,574	4.0
	Nenhuma Dificuldade	163,474	96.2	180,992	94.9
	Ignorado	664	0.4	47	0.0
Capacidade de caminhar/subir escadas (permanente)	Incapaz	574	0.3	734	0.4
	Grande dificuldade	1,773	1.0	3,699	1.9
	Alguma dificuldade	5,593	3.3	8,832	4.6
	Nenhuma Dificuldade	161,426	95.0	177,440	93.0

Fonte: Microdados do Censo Demográfico (IBGE, 2010).

Quanto ao tipo de deficiência, o grupo maior, como se nota, são os que possuem com “deficiência visual”, entendido como as pessoas com total incapacidade para enxergar (506 mil) mais aqueles com grande dificuldade (6,0 milhões), totalizando cerca de 6,5 milhões de pessoas (3,5% da população brasileira em 2010).

Em seguida vêm as pessoas com “deficiência física”, correspondendo a 734 mil com total incapacidade para andar/subir escadas e 3,7 milhões com grande dificuldade para essas ações, o que totaliza 4,4 milhões de pessoas (2,3% da população).

As pessoas com “deficiência mental” ou cognitiva representam 1,4% da população (2,6 milhões de indivíduos), e a “deficiência auditiva” correspondem a 1,1% no conjunto da população brasileira em 2010, sendo 344 mil com total dificuldade e 1,8 milhões com grande dificuldade permanente para ouvir (2,1 milhões de pessoas).

Atente-se que a somatória de cada tipo de deficiência ultrapassa o total observado de pessoas com deficiência (12,7 milhões), o que se dá porque o mesmo indivíduo pode ter declarado mais de um tipo de deficiência ou incapacidade (o que configura a “deficiência múltipla”).

Tabela 2 - População (N em 1000) e indicadores do mercado de trabalho conforme a condição de atividade e condição de deficiência no Brasil entre 2000 e 2010

Condição de atividade	2000			2010		
	PCD	PLF	PSDLF	PCD	PLF	PSDLF
População em Idade Ativa (N, 1000)	6,599	16,611	112,750	12,265	31,808	117,847
População Ocupada (N, 1000)	1,532	7,389	56,286	4,022	16,344	65,968
População Desempregada (N, 1000)	328	1,180	10,238	359	1,278	5,850
Taxa de Participação (%)	28.2	51.6	59.0	35.7	55.4	60.9
Taxa de Desemprego (%)	17.6	13.8	15.4	8.2	7.3	8.1

Fonte: Microdados do Censo Demográfico (IBGE, 2010).

Tais dados servem tão somente para investigar o universo de pessoas com deficiência (PcD) e pessoas com limitação funcional (PLF), daí porque foram trazidos indicadores de trabalho e emprego, sem ignorar a evidente sub-representação do universo de pessoas com deficiência (PcD) no mercado de trabalho.

A taxa de participação que aufer a proporção de ocupados ou desempregados em relação à população em idade ativa, dez anos ou mais de idade, corresponde a 35,7% para as PcD, sendo que as pessoas com limitação funcional (PLF) representam 55,4% e a população sem deficiência ou incapacidade (PsDLF) equivale a 60,9%. Relembre-se que tais dados referem-se a 2000, quando a taxa de participação das PcD era de 28,2% e das PLF e PsDLF de 51,6% e 59,0%, respectivamente.

Apesar de pouco, note-se que a taxa de participação das pessoas com deficiência, nos dez anos cresceu, com base nos dados coletados na obra de Clemente (2008) e de Garcia (2010), que utilizaram, os dados da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), constatando ainda a baixa participação das pessoas com deficiência no mercado formal de trabalho brasileiro.

O modelo médico da deficiência, segundo Westmacott (1996), “tenta melhorar” as pessoas com deficiência para adequá-las aos padrões da sociedade. [...] É claro que algumas vezes pessoas portadoras de deficiência necessitam, de fato, apoio físico ou médico, porém é importante que isto atenda às suas necessidades e lhes dê maior controle sobre sua vida”. E Westmacott acrescenta que isso deve ser feito “com elas” e não “para elas”. (SASSAKI, 1999, p. 30).

Claro está sobre a necessidade de alteração sobre as normas que tratam a deficiência no Brasil, considerando a necessidade premente de que os referidos atores possam efetivamente participar da sociedade.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A NECESSIDADE DA EFETIVAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO NA LEGISLAÇÃO NO QUE TOCA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

A constitucionalização do Direito, termo bastante usado, vem sendo promovida há algum tempo por meio da inserção expressa de princípios constitucionais nos diversos ramos da ciência jurídica, daí porque se fala em Direito Civil Constitucional, Direito Penal Constitucional, etc.

É certo porém que tal referência se mostra redundante quando se pensa que a base da legislação brasileira é a Constituição Federal, por meio da qual se define direitos e garantias fundamentais, direitos coletivos, a forma de governo, a forma de Estado, dentre outros temas relevantes, o que conduz ao questionamento sobre a necessidade de se constitucionalizar o que já deveria ser editado conforme a norma *ápice*.

Incoerência talvez seja uma das razões da ineficácia das normas brasileiras, que são editadas como se existissem num contexto isolado, desconsiderando as demais normas já existentes, e pior, a norma mãe do país.

Assim, não se torna incomum verificar-se que mesmo tendo havido a normatização de certo direito, este não tenha condição de ser efetivado por ausência de amparo fático, afinal eventual norma que o resguarde apenas o fez em determinado contexto, buscando descrever inúmeras situações que limitarão o direito tutelado.

Nesse cenário caminha-se em círculo, prescrevendo normas e mais normas, que no mais das vezes, repete trechos constantes na Magna Carta associados a algum direito de pontual, justificando a ausência de uma contribuição efetiva. Parece que se busca sempre esclarecer o óbvio, assegurar o que já existe. E afinal qual seria o alcance da dignidade da pessoa humana no que tange aos deficientes?

Estaria tal conceito limitado à condição física, psicológica, ou adstrito aos encarcerados, que deveriam ter asseguradas condições mínimas de sobrevivência quando do cumprimento das suas penas? A resposta parece lógica, mas não para o legislador que em meio à enxurrada de produções legislativas repete e por vezes, desdiz o que foi dito, questionando a própria Carta Política de 1988.

Para que não se perca o foco que será aqui abordado, passa-se à conceituação de princípio, vocábulo que advém do latim *principium* e expressa o início, a origem de algo, que funda o sistema de conhecimento, por meio de verdades que possuem caráter operacional e

servem como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e práxis, como ensina Miguel Reale, em sua obra *A Ética do Juiz na Cultura Contemporânea*.

Os princípios constitucionais evidenciam conteúdo de tamanha relevância que revelam 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.

Robert Alexy, em sua obra *Teoria da Argumentação* informa que os princípios são mandamentos de otimização e que podem ser cumpridos em diferentes graus, como já explicado linhas acima, sustentando ainda, lembre-se, que os mesmos dependem das possibilidades reais e das relações jurídicas para se materializarem.

Servem pois, os princípios à proteção dos direitos individuais e das diretrizes que guiam os objetivos coletivos. Nesse diapasão, os princípios serviriam à dimensão individual e à dimensão comunitária. Logo, quando se está diante da afirmação de que a decisão judicial é essencialmente política, sustenta-se a sua dimensão comunitária.

Como, ratifica Dworkin, na obra *Império do Direito*, 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, na obra supracitada, 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, que não dispensam a necessidade de adequação diante de novas realidades.

Cautela é a palavra chave que deve orientar qualquer análise atinente aos princípios, cabendo ao legislador, quando do seu uso, direto ou indireto, verificar a história do Direito. Há que se lembrar da imensa quantidade de princípios no ordenamento pátrio, e ainda atentar para o fato de que princípios 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.

Pois bem, 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*. Estes, “a não ser nos regimes de desmando e arbítrio, sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo.” (LIMONGI FRANÇA, 1971, p. 22)

Observe-se que o Código Civil não possui um capítulo inaugural principiológico como consta no atual 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 que os artigos que compõem o CPC, ressaltam a sua constitucionalização, consagram princípios e regras, sendo todos, no entanto, normas fundamentais, embora nem todos sejam princípios.

Relembre-se importante consideração sobre princípios, conforme bem aduzido abaixo:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles; se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. (BOBBIO *apud* LEITE, 2005, p. 44)

Há que se buscar no processo de construção democrática, a necessidade de construção efetiva de direitos, com a colaboração social, buscando novas perspectivas para os anos vindouros.

Pensar num futuro inclusivo é uma necessidade de que impõe e não pode mais esperar, para tanto há que se atentar para as informações registradas no histórico das políticas e dos direitos das pessoas com deficiência, que passaram por longo e penoso processo de exclusão, sendo vistas, em determinado período, como doentes, como se verifica na antiga expressão, atualmente extirpada do ordenamento jurídico, portador de deficiência.

Atente-se que o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência definiu através da portaria 2.344, publicada em 05.11.2010, qual o termo correto para o tratamento das pessoas com necessidades especiais, estabelecendo que por lei, elas devem ser tratadas como Pessoa com Deficiência, tendo sido retirado oficialmente do termo a palavra “portador”.

A portaria também determinou que as organizações nacionais ligados a esse segmento

fossem representadas por entidades eleitas em Assembleia Geral, tendo os escolhidos mandato de dois anos, a contar da data de posse, e podendo ainda ser reconduzidos. A eleição também deverá acontecer para os conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Pessoa com Deficiência em assembleias estaduais ou municipais, devendo o edital de convocação ser publicado pelo menos 90 dias antes do processo eleitoral. A eleição do presidente e do vice-presidente será por voto de maioria simples para cumprirem mandato de dois anos.

Pois bem, mesmo ante as conquistas supracitadas, prepondera para os deficientes o cenário jurídico de incerteza, pois que as leis se limitaram a tutelar alguns direitos, sob o manto de uma promoção de constitucionalização de determinado ramo do Direito, a exemplo do que se deu no sistema processual cível brasileiro, como se a simples menção a Constituição fosse apta a amparar as necessidades do grupo de pessoas ali mencionadas, ignorando-se outras tantas necessidades, embora de importância extrema, a exemplo do efetivo exercício do direito da garantia constitucional fundamental de ir e vir.

A judicialização, nesse cenário, tem se mostrado para esse grupo de pessoas relegadas, como um meio, inclusive individual, de buscar a efetivação de determinado direito violado. Ocorre que a adequação de um acesso a determinado local, por exemplo, por meio da construção de uma rampa, não viabiliza a dignidade da pessoa humana como preconizada em lei, pois que se limita apenas ao grupo de pessoas que frequente determinado local.

Não se pretende aqui defender a aprovação de benesses, ou a premiação legal do deficiente pela simples constatação da deficiência, mas buscar garantir o acesso efetivo aos serviços, aos bens, e porque não à sociedade, viabilizando o gozo das garantias constitucionais asseguradas desde 1988.

Barroso em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* destaca que quando da avaliação entre adequação, necessidade e utilidade, deve o magistrado levar em conta que: “Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional.” (BARROSO, 2010, p. 283).

Há que se cuidar para que a abertura trazida pelo sistema processual cível, quando trata sobre a curatela, por exemplo, trazida como inovação, não funcione como deturpação do direito, pois que a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, ou, o CPC vigente, revogou expressamente alguns artigos do Código Civil que tinham conteúdo processual sobre o processo de interdição (Arts. 1768 a 1773 do CC).

Deste modo, atualmente, apesar de ter praticamente o mesmo conteúdo em seus

próprios artigos, só o CPC passa a regular o processo. A alteração, reflete entre outras coisas, a preponderância do caráter humanizado do novo código, na medida em que é dada uma importância maior à vida do interditando na hora da entrevista, em contraste com a norma material que é mais patrimonialista.

Apenas para aclarar os atropelos jurídicos existentes, vale trazer a tona ainda o artigo 85 da LBI que restringia a curatela a atos de natureza patrimonial e negocial, o que foi alterado pela abertura da norma que acabou remetendo ao artigo 1.772 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), para permitir 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 novo CPC confirma a adoção de um sistema aberto e principiológico que revigora o diálogo com a CF/88, com o Código Civil e os demais ordenamentos pátrios formalizados, evidenciando que a interdisciplinaridade pode ser um meio de resolver as lides num mundo pós-moderno e globalizado.

Seria a mencionada interdisciplinaridade apenas mais um engodo ao se verificar que nos novos ordenamentos que dedica aos deficientes parte de seus artigos, apenas dispõe sobre os direitos tutelados de modo aleatório?

Construir um ponto de equilíbrio entre o Direito material pleiteado e o processo é um eficaz mecanismo para a pacificação social, mas que requer uma reflexão constante sobre princípios constitucionais a fim de que sejam estabelecidos nortes a serem seguidos como mecanismo de efetivação da justiça, buscando sempre o máximo conhecimento sobre as particularidades da pessoa com deficiência.

4.1 As alterações promovidas na teoria das incapacidades pelo novo Código de Processo Civil em relação às pessoas com deficiência

Relembre-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 30 de março de 2007 (BRASIL, 2015, art. 1), que expressamente define em seu art. 1º, que a mesma tem como objetivo: "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".

No Brasil atualmente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a

única convenção aprovada e promulgada consoante o quórum de votação determinado no art. 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil. Atente que esse parágrafo que foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e que apenas em 10 de julho de 2008, foi aprovada pelo Presidente do Senado, por meio do Decreto Legislativo nº 186 e promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, traz em si grandes questionamentos, o que vem ocasionando debates entre os civilistas, principalmente porque põe fim a incapacidade absoluta prevista em razão de deficiência física ou mental prevista no sistema anterior.

Referido Estatuto é fruto da Convenção Internacional, da qual o Brasil é apenas um dos 157 Estados que ratificaram (<http://nacoesunidas.org/comite-da-onu-sobre-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-avalia-o-brasil-nos-dias-25-e-26-de-agosto/>. Acesso em 10 outubro de 2016). Devendo ser destacado que todos os Estados que ratificaram a dita Convenção se submeteram a relatórios regulares para Comitê da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que é composto por 18 especialistas independentes internacionais.

Diferente deveria ser a sensação causada pelas inovações mencionadas pois que as questões presentes na Lei nº 13.146/2015 trazem a alteração da visão que hoje vige na sociedade e há muito já deveria ter sido extirpada. Assim, para melhor aceitar as mudanças, há que se partir do pressuposto de que é necessário primeiro querer compreendê-las.

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) é o primeiro tratado de consenso universal que de forma concreta especifica os direitos das pessoas com deficiência sob a ótica dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência.

Esse modelo acima mencionado retrata que a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia, devendo o problema ser redirecionado para o cenário social, responsável por entraves, exclusões e discriminações, daí se justificando a adoção de uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência.

O objetivo da CDPD é exatamente o de trocar o atual modelo médico, tão combatido pelas razões já expostas, que deseja reabilitar a pessoa deficiente como se se tratasse de alguém anormal para se a mesma pudesse se adequar à sociedade, por um modelo social de direito humanos, que visa reabilitar a sociedade para extirpar os muros de exclusão comunitária.

A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer muito mais do que mudanças legais, exigindo o direito à uma educação inclusiva, a uma vida independente e a efetiva possibilidade de ser inserido em comunidade.

Por tais razões, reconhece o Preâmbulo da CDPD, que a deficiência é um conceito em constante evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência, e as barreiras criadas em razão das atitudes das pessoas “normais” e o ambiente, o que impede a plena e efetiva participação dessas pessoas com deficiência na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Como toda mudança, essas alterações exigem tempo para que se possa adequar a estrutura presente que o Brasil possui, o que já deve se iniciar por exemplo com o adequado treinamento de professores, para melhor integração nas escolas, além do treinamento de colegas e da chefia, para integração ao trabalho e mesmo dentro da família, devendo se reconhecer a importância do deficiente na comunidade.

Não há como negar a repercussão sobre todo o sistema jurídico, notadamente no plano do direito civil, mexendo exatamente no conceito de pessoa com deficiência, o que revela que a Lei nº 13.146/15 caminha no sentido personalista da CDPD.

Em seu artigo 2º, conceitua a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. De acordo com o art. 84, “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. O § 1º do mesmo art. 84 preconiza que: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. Em arremate, o § 3º aduz que, “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”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência admite como visto, em caráter excepcional, o modelo jurídico da curatela, porém, sem associá-la à incapacidade absoluta. A Lei nº 13.146/15 remete, no entanto, a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela.

A deficiência como gênero engloba todas as pessoas que possuam uma menor valia na capacidade física, psíquica ou sensorial, desvinculada da sua graduação, desde que revele uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais.

A pessoa com deficiência passa a vislumbrar plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais, ao menos, em tese. Se a deficiência se qualifica pelo fato da

pessoa não conseguir se autodeterminar, cabe então ao ordenamento lhe conferir proteção ainda mais densa do que a deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal.

Nota-se que a curatela nos moldes atuais não está mais associada à incapacidade absoluta. Assim, poderá haver deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela. Cumpre ainda destacar que a lei também determinou que a curatela afeta apenas os aspectos patrimoniais, mantendo o portador de transtorno mental o controle sobre os aspectos existenciais da sua vida, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, apontados no artigo 85, parágrafo 1º, do Estatuto.

Eis que nasce um grave problema para os Registradores Civis das Pessoas Naturais, pois que não têm como avaliar se a pessoa tem ou não capacidade para decidir sobre o casamento. Bem, em caso de dúvida, deve o Registrador exigir laudos médicos e, persistindo a dúvida, deverá submeter a questão para decisão do Juiz competente para Registros Públicos, no próprio processo de habilitação para casamento, o que como visto, demanda responsabilidade e sensibilidade daquele que atua a frente desse procedimento.

Observe que mesmo a partir da vigência do Estatuto não são todas as pessoas que forem curateladas que serão consideradas plenamente capazes. O art. 6º dispõe que “A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.

Com efeito, a deficiência é um impedimento duradouro físico, mental ou sensorial que a princípio não conduz necessariamente a qualquer forma de incapacidade. A existência de uma vulnerabilidade é que justifica a garantia de igualdade, daí a presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência, e apenas excepcionalmente, através de relevante inversão da carga probatória, é que a incapacidade surgirá.

Desse modo, a Lei n. 13.146/15 mitiga, mas não aniquila a teoria das incapacidades do Código Civil. As pessoas deficientes submetidas à curatela são retiradas do texto em que constam os absolutamente incapazes do Código Civil e passam a figurar no catálogo dos relativamente incapazes, com uma renovada terminologia.

A nova redação do inciso III, do art. 4º (Lei n. 13.146/15) determina que estarão no rol dos que possuem incapacidade relativa “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. Revela-se uma intervenção qualitativamente diversa do Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades, pois que se retira a perspectiva médica e assistencialista, que antes existia, de rotular como incapaz aquele que

possuía uma insuficiência psíquica ou intelectual. Optou o legislador por colocar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender, justificando a curatela, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual.

O divisor de águas da capacidade para a incapacidade não é mais as características da pessoa, mas o fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de confirmar ou expressar a sua vontade.

Deve portanto, preponderar o critério da impossibilidade do cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens, ou ainda as exprimir ou lhes dar execução, quando assim quiser.

Pode-se assim afirmar que se equivoca quem pode achar que a Lei n. 13.146/15 retira a incapacidade civil do ordenamento. Não há como, por meio de mera futurologia, admitir que, haverá uma nação composta de pessoas plenamente capazes, pois que tal pensamento seria uma pretensão ideológica que visaria afetar a natureza das coisas.

Por mais que o legislador pretendesse, se fosse o caso, pensar em regular um mundo ideal e “politicamente correto” das pessoas plenamente capazes, não há como esquecer a realidade inerente à imperfeição humana e às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau.

O pluralismo demanda, em especial no Estado Democrático de Direito, o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não elimina a teoria das incapacidades, mas tão somente adequa o referido conceito à Constituição Federal e a CDPD.

Sendo a incapacidade de uma sanção normativa excepcionalíssima, que afeta o estado da pessoa de modo a restringir o exercício autônomo de direitos fundamentais, o que a Lei n. 13.146/15 impôs foi a necessidade da mais ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil.

Em resumo, pode-se afirmar que deve haver ônus argumentativo por parte de quem pretenda submeter uma pessoa à curatela em razão de uma causa permanente; e acaso haja alguém que seja curatelado, a incapacidade será apenas relativa, pois a incapacidade absoluta fere a regra da proporcionalidade; e por derradeiro, a curatela, em regra, será limitada à restrição da prática de atos patrimoniais, preservando-se, na medida do possível a autodeterminação para a condução das situações existenciais.

Ainda em relação às particularidades do Estatuto da Pessoa com Deficiência, note-se

que esse diploma reservou a categoria dos absolutamente incapazes aos menores de 16 anos, como o objetivo de suprimir a incapacidade absoluta do regramento jurídico da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual.

O critério médico até então utilizado era baseado na ausência de discernimento em caráter permanente, resultante de enfermidade ou de deficiência mental. A interdição do absolutamente incapaz decorria de um estado pessoal, patológico. Ante da infinidade de hipóteses configuradoras de transtornos mentais ou déficits intelectuais, que pode se dar pela origem, pela graduação do transtorno ou mesmo pela extensão dos efeitos, não há como sustentar a tentativa do direito privado do século XXI em persistir na homogeneização da gama de deficiências psíquicas, por meio do recurso abstratizante do binômio incapacidade absoluta ou relativa, conforme a pessoa se encontre em uma situação de ausência ou de redução de discernimento.

A crítica ao Código Civil de 2002 surge pois em nome de uma suposta segurança jurídica, pois que a situação anterior expressava o aprisionamento da multiplicidade de quadros de desenvolvimento intelectual sob a dualidade ausência/redução de discernimento, em uma espécie de categorização de pessoas em redutos de exclusão de direitos fundamentais.

Admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador não pode mais ser aceito na sociedade atual. Ainda que se trate de uma grave patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, em especial às que digam respeito as suas crenças, valores e afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico.

Na qualidade de valor, o status personae não se reduz à capacidade intelectual da pessoa, posto funcionalizada à satisfação das suas necessidades existenciais, que transcendem o plano puramente objetivo do trânsito das titularidades.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou ainda as normas relativas à interdição para que elas se conciliem ao novo modelo da incapacidade relativa, pois que determina que será abolido o vocábulo “interdição”.

Esse vocábulo remete a uma noção de curatela como medida restritiva de direitos e substitutiva da atuação da pessoa que não se concilia com a vocação promocional da curatela especial concebida pelo estatuto. A impossibilidade de autogoverno conduzirá à incapacidade relativa ao fim de um processo no qual será designado um curador para assistir a pessoa com deficiência de forma a preservar os seus interesses econômicos.

Hodiernamente, acaso alguém não possa se governar não será interditada como

cl clinicamente “portadora de uma deficiência ou enfermidade mental”, mas curatelada pelo fato de objetivamente não exprimir a sua vontade de forma ponderada (art. 1.767, I, CC, com a redação dada pela Lei 13.146/15).

Essa conciliação é a saída desejável, preconizada pela norma, para harmonizar a proteção à pessoa deficiente com o princípio da segurança jurídica. A pessoa deficiente curatelada não consumará isoladamente atos patrimoniais, pois a prática de negócios jurídicos exigirá a atuação substitutiva ou integrativa do curador, sob pena de anulabilidade (art. 171, I, CC).

Só serão afastadas do regramento da pessoa deficiente incapaz as normas que antes vinculavam a validade e conseqüente eficácia de seus atos à sanção da nulidade ou à incapacidade absoluta.

Provado está de que há equívoco quando se afirma que a pessoa deficiente sempre será capaz, mas que poderá ser curatelada. Com as alterações postas pela Lei n. 13.146/15, harmonizam-se os artigos 3º, 4º e 1.767 do Código Civil, no sentido de substituir a fórmula da “ausência ou redução de discernimento” pela impossibilidade de expressão da vontade como fato gerador de incapacidade. Para o futuro, definiremos como relativamente incapaz todo aquele que for curatelado por uma causa duradoura que o prive de exprimir a sua vontade de forma a se autodeterminar.

Assim, não será usado o termo “interditado”, mas deverá ser designada a pessoa como clinicamente “curatelada por ser portadora de uma deficiência ou enfermidade mental, que a impeça de exprimir a sua vontade de forma a se autodeterminar”.

Atente-se que por imposição ética, o Estatuto da Pessoa com Deficiência atrai todos aqueles que não podem se autodeterminar para o setor da incapacidade relativa. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana não se admite uma abstrata homogeneização de seres humanos em uma categoria despersonalizada de absolutamente incapazes, que por sua própria conformação é proibida, ante a impossibilidade de qualquer avaliação concreta acerca do estatuto que regulará a condução da vida da pessoa deficiente após a curatela.

A incapacidade absoluta é incompatível com a regra da proporcionalidade. Logicamente a reforma legislativa não alterará o cenário fático e de repente milhões de pessoas passarão a ser substituídos pelo curador na interação com o mundo. A representação de incapazes prossegue incólume, pois não se trata de uma categoria apriorística, cuida-se de uma técnica de substituição na exteriorização de vontade, que pode perfeitamente migrar da incapacidade absoluta para a relativa, inserindo-se em seu plano de eficácia.

Logo, conforme a concretude do caso, o projeto terapêutico individual se poderá se desdobrar na situação de que deve haver o curador como um representante para todos os atos; ou ainda pode culminar na existência do curador apenas como representante para alguns atos e assistente para outros; ou mesmo poderá o curador ser sempre um assistente.

Essa formulação tripartida abole a categoria dos absolutamente incapazes, não deixando espaço para o recurso a fórmulas genéricas e pronunciamentos judiciais estereotipados. Exige-se carga argumentativa que justifique qualquer sentença que determine a máxima intervenção sobre a autonomia devido ao apelo à técnica da representação, cabendo ao magistrado, quando o caso for judicializado, analisar o caso concreto detidamente e esclarecer qual será a hipótese, dentre as três possíveis.

Há que se fazer ainda referência àquelas pessoas que possuem restrições na autodeterminação sendo portanto aptas a se fazer compreender, levando em conta o texto constante nos artigos 4º, I e 1.767, I, do CC, que fazem referência à incapacidade relativa, e conseqüente curatela desse grupo de pessoas.

Na hipótese da pessoa deficiente possuir limitações em seu autogoverno, mas preservar de forma precária a aptidão de se expressar e de se fazer compreender, não se recorrerá ao binômio incapacidade relativa/curatela.

O art. 116 da Lei 13.146/15 criou a Tomada de Decisão Apoiada (art. 1.783-A, CC) como *tertium genus protetivo* em favor da assistência da pessoa deficiente, que preservará a capacidade civil. Segue-se um modelo protetivo de pessoas em situação de vulnerabilidade.

A Tomada de Decisão Apoiada vem descrita no Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que passa a vigorar acrescido do art. 1.783-A, consubstanciando 11 parágrafos. Esse modelo de decisão concretizará o art. 12.3 da CDPD nos seguintes termos: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

Tutela e curatela são instituições protetivas da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir, buscando evitar os riscos que essa carência possa impor ao exercício das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador busque reformar esses tradicionais mecanismos de substituição, tentando adequá-los ao modelo personalista do direito civil constitucional, pela própria estrutura, tutela e curatela são medidas prioritariamente funcionalizadas ao campo estritamente patrimonial.

A Tomada de decisão apoiada é um modelo jurídico que se separa dos institutos

protetivos clássicos na estrutura e na função. O novo art. 1.783-A veicula a sua essência: “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”.

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos atos específicos em que seja ajudado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, sendo apenas privada de legitimidade para praticar determinados atos da vida civil.

Esse modelo auxiliará as pessoas deficientes com impossibilidade física ou sensorial, a exemplo dos tetraplégicos, dos obesos mórbidos, dos cegos, dos sequelados de AVC e dos portadores de outras enfermidades que as excluam da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico. Ainda servirá para as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que não possuam impedimento, mas tenham limitações em expressar a sua vontade. Por não gerar a interdição, a tomada de decisão apoiada veio para promover a autonomia.

Neste contexto, vale citar que em Minas Gerais, existe o Provimento nº 260/CGJ-MG, que Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro, evidenciando a preocupação em promover a adequação dos cartórios aos procedimentos criados pelas normas.

O novo modelo jurídico acima delineado se coloca de forma intermediária entre os as pessoas ditas normais, em relação aos aspectos físico, sensorial e psíquico, e às pessoas com deficiência qualificada pela impossibilidade de se expressar, que serão curateladas e se tornarão relativamente incapazes.

Desde Janeiro de 2016 passa a existir uma gradação quando da intervenção na autonomia, de modo que se separa as pessoas sem deficiência, e por isso possuidoras de capacidade plena; as pessoas com deficiência que se servirão da tomada de decisão apoiada, viabilizando o exercício da sua capacidade em condição de igualdade com a sociedade; e as pessoas com deficiência qualificada pela curatela, em razão da impossibilidade de se autogovernar, que serão submetidas a um regime especial que avaliará as crenças e vicissitudes do sujeito.

A incapacidade relativa será materializada alternativamente pelas técnicas da representação e assistência, e assim as pessoas com deficiência, que pelo Código Civil de

2002 eram considerados absolutamente incapazes (terminologia reducionista), tornam-se relativamente incapazes a partir da vigência da Lei n. 13.146/15. Já as pessoas com deficiência que eram relativamente incapazes por “discernimento reduzido” (art. 4, II, do CC/02) passaram a ser plenamente capazes, vez que amparadas pelo novo modelo da Tomada de Decisão Apoiada.

Avanços são visíveis pelas constatações acima evidenciadas, mas há que se direcionar a atenção para a ainda presente desconexão entre a curatela e a incapacidade absoluta. Isso porque a partir da vigência da Lei nº 13.146/15, mesmo que a pessoa deficiente esteja sob curatela, a prescrição e a decadência correrão contra ela, pois não mais será absolutamente incapaz.

Relembre-se que os artigos 198, I e 208 do CC, dão conta de que a prescrição e a decadência apenas não fluem contra os absolutamente incapazes (que no novo sistema, serão apenas os menores de 16 anos, como acima esmiuçado).

Patente pois, o prejuízo para os que agora passarão a ser considerados relativamente incapazes. Atente-se ainda que os atos praticados pelo interditado sem a presença do curador serão submetidos à sanção da anulabilidade (art. 171, I, CC) e não mais à nulidade (art. 166, I, CC), e portanto, terão todas as consequências em termos de legitimidade e prazo para a invalidação do ato prejudicial.

A sociedade brasileira há de aprender a conviver com diferentes estatutos de proteção, à medida em que em estejam em jogo situações jurídicas de pessoas deficientes ou pessoas com deficiência qualificada pela curatela.

Enquanto a mudança não se instala definitivamente, deve-se conviver ainda com a ofensa aos direitos fundamentais da pessoa curatelada, por não se ter como eliminar tao somente por meio da existência da norma.

Atualização procedimental se mostra como um dos meios hábeis a substancializar a fruição de direitos fundamentais pela pessoa curatelada, preservando ao máximo a sua autonomia. E como diz o art. 12, nº 4, da CDPD, “Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial”.

Na mesma toada, o § 2º do art. 85 da Lei nº 13.146/15: “A curatela constitui medida

extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”. Independente de rótulo, o que se deve buscar é que a norma processual estruture o processo de curatela respeitando a sua excepcionalidade e prezando pela aplicação do critério da proporcionalidade em sua configuração concreta, sendo esse uma das grandes conquistas trazidas com o CPC de 2015, conforme se constata nos artigos 747 a 758.

Ora, respeitar a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade, orientando o Juiz a aplicar a melhor medida no caso concreto, foi o grande objetivo da lei, nesse tema, alertando que a deficiência existente, não pode suprimir os direitos, a vontade e as preferências da pessoa.

Mas o Código de Processo Civil, vigente desde o final do mês de dezembro de 2015, trouxe ainda outra série de repercussões para o tema de capacidade civil, tutelando os direitos atinentes as pessoas deficientes.

A legislação processual em vigor altera e revoga alguns artigos do Código Civil, atingindo rol dos os artigos elencados entre o 114 e o 116. Traz, neste aspecto, mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, trazendo interferência direta no Direito de Família.

Na linha de revogações e alterações acima mencionadas e abaixo estabelecidas não foram observadas pelas autoridades competentes, quando da elaboração e promulgação da norma, as implicações decorrentes da implementação, o que revela um verdadeiro atropelo legislativo.

O novo texto legal revoga todos os incisos do art. 3º do Código Civil, que em sua redação definia como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Alterando ainda o caput do artigo referido que passa a determinar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de 16 anos. Tal alteração revela que no sistema privado brasileiro não há a figura da pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, não havendo por consequência, ação de interdição absoluta no sistema civil, já que os menores não são interditados.

Nesse diapasão, todas as pessoas com deficiência, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que surgiu como meio de assegurar a plena inclusão social

destas pessoas, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao se observar o art. 6º da lei 13.146/2015, nota-se que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, podendo esta casar-se ou constituir união estável, a seu critério; exercer direitos sexuais e/ou reprodutivos; decidir sobre o número de filhos que pretender ter, tendo acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, não podendo ser praticada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, com condições de igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao menos em tese.

No plano familiar nota-se que a intenção foi a de promover a inclusão das pessoas com deficiência, o que não se verifica na prática, pois que são inúmeros os óbices existentes para a materialização dos direitos previstos, afinal não há como assegurar a união estável do deficiente auditivo.

Se porventura não houver nos cartórios brasileiros normatização própria que exija a capacitação do órgão, nem fiscalização que garanta a existência de funcionário habilitado para concretizar tal ato, seja com o conhecimento do novo trâmite, seja com a capacitação para comunicação, sendo portando habilitado a se comunicar por meio da língua de sinais, estaria o direito conquistado esvaziado.

A lei nº 10.436, datada de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a língua brasileira de sinais - Libras e dá outras providências, possui em seu corpo cinco artigos, reconhecendo como meio legal de comunicação e expressão a Libras, e outros recursos de expressão a ela associados.

Determina ainda que o poder público em geral, incluindo as empresas concessionárias de serviços públicos, deve promover formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas brasileiras.

Ocorre que não há qualquer controle sobre isso, resultando portanto, na ineficácia de qualquer direito que necessite para sua implementação, da comunicação com pessoas que só se comuniquem por meio de Libras.

Como poderá se exigir a implementação da língua de sinais se a própria norma que a institui determina em seu artigo 4º que o sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio

e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, apenas como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), conforme legislação vigente, sem se referir à obrigatoriedade da adoção da língua como matéria obrigatória por exemplo.

Eventualmente, e em casos excepcionais, existe a possibilidade das pessoas com deficiência serem tidas como relativamente incapazes, estando o rol previsto no novo art. 4º do Código Civil, a exemplo do deficiente viciado em tóxicos, que como qualquer outro sujeito pode ser tido como incapaz.

Frise-se que esse último dispositivo foi alterado também pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não fazendo mais referência no inciso II às pessoas com discernimento reduzido, que não são mais classificadas como relativamente incapazes, como outrora.

Manteve-se no novo diploma as referências aos ébrios habituais (alcoólatras) e aos viciados em tóxicos, que continuam dependendo do processo de interdição relativa, com sentença judicial, para que sua incapacidade seja reconhecida.

O inciso III do art. 4º do CC/2002 também sofre modificação, pois retira a hipótese de incapacidade absoluta, ao não mencionar as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade.

Trata-se na nova redação de causa de incapacidade relativa, não considerado mais o sujeito adequado a esta hipótese como incapaz, de modo que alguém com síndrome de Down, passa a ser relativamente capaz, ainda que não tenha condição de ser entendido socialmente.

O sistema de incapacidades deixa de ter um modelo rígido, mostrando-se formalmente mais atento às circunstâncias do caso concreto, o que denota, ao menos, a preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social, o que, entretanto, repita-se, não se mostra suficiente para efetivação dos direitos formalmente tutelados.

Atente-se que a preocupação com a dignidade da pessoa humana, já vinha sendo homenageada há muito, o que fica evidente na comparação das redações da codificação material de 1916, do Código Civil de 2002, bem como do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A inclusão das pessoas com deficiência, embora orientadora de algumas alterações legislativas, não tem como ser alcançada se não houver preocupação do legislador com as situações concretas sob pena de esvaziamento do esforço doutrinário e jurisprudencial.

Com a nova redação legal os psicopatas, passam a se enquadrar como relativamente incapazes, evidência da pouca ou quase nenhuma preocupação com o reflexo das normas no mundo prático.

Inobstante o que fora acima mencionado, em matéria de casamento importante alterações alcançam o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O art. 1.518 do Código Civil passou a prever que, até a celebração do casamento, podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio, retirando a referência aos curadores, não havendo mais, a hipótese de nulidade do casamento das pessoas mencionadas no antigo art. 1.548, inciso I, ora revogado, que se referia ao enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

Logo, havendo o casamento do enfermo mental, sem discernimento, este passa a ser válido, de forma que o casamento, conforme proposto pela alteração, passa a ser visto como forma de inclusão social para a pessoa que apresente alguma deficiência.

Não tendo sido, no entanto, pensado na forma de efetivar os referidos casamentos que podem ser obstaculizados pela simples inexistência de alguém que possa entender a língua das pessoas que querem se casar.

Ainda no que atine às incapacidades, o art. 1.550 do Código Civil, que trata de nulidade relativa do casamento, passa a estabelecer no novo parágrafo (2º), que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Ainda presente o inciso IV do art. 1.550 do CC, que trata da anulação do casamento do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade, alcançando pela redação apenas os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e as pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade, tudo em consonância com os incisos II e III do art. 4º da codificação material fruto da inovação legislativa.

As hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa também são modificadas, na medida em que o art. 1.557, ganha novo dispositivo, inciso III, sendo anulável o casamento por erro no caso de ignorância, anterior ao casamento; de eventual defeito físico irremediável que não caracterize deficiência, ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Não há mais a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave, ato que ia de encontro ao princípio da solidariedade, ocasionado assim a revogação do inciso IV do art. 1.557 do CC.

Dentre as modificações citadas na teoria das incapacidades, a inclusão mais efetiva se deu no que atine, repita-se às hipóteses de casamento, evidenciando a preocupação do

legislador com a tutela das relações conjugais, que baseadas nos laços de afeto e respeito.

Passou-se a permitir a união entre dois seres, ainda que possua alguma deficiência, tendo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os cônjuges, o alicerce para uma relação duradoura e um caminho para a realização da felicidade, para aquele sujeito que assim deseje.

Por fim, em busca da almejada inclusão dos deficientes não se pode deixar de mencionar o papel do notário e do registrador, que são aqueles a quem primeiro são apresentadas as alterações legislativas, estando estes inclusive em contato com as novidades da lei antes mesmo da provocação feita ao Poder Judiciário. Assim assumem papel importante pois terão que se manifestar no caso concreto, razão pela qual não podem se furtar a interpretar a lei.

No que diz respeito à atividade notarial e registral, o art. 83 do Estatuto esclarece que: Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade.

Gustavo Casagrande Canheu, destaca que considerando o exposto e, ainda, que a lei em questão revogou os incisos dos arts. 3º e 4º do Código Civil, que classificavam como absoluta e relativamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento, ou o tivessem de forma reduzida, cabe aos Tabeliães e Registradores reconhecer, a priori, como legalmente capazes para a prática de atos perante suas delegações qualquer pessoa com deficiência, seja ela qual for (CANHEU, 2011).

A atividade notarial é pois uma forma de viabilizar que as pessoas com deficiência possam praticar os atos da vida civil sem discriminação ou exposição vexatória. Sendo a incapacidade exceção e a capacidade a regra, deve-se caminhar de modo que a alteração legislativa não obste que o Notário e o Registrador atuem de forma a dar segurança jurídica aos atos em que intervierem.

Assim, por exemplo, havendo dúvida sobre a autodeterminação, não será possível que o Notário ou o Registrador, na ausência de curador fixado em sentença, ignore a impossibilidade de manifestação de vontade ou a completa alienação mental do deficiente. O referido agente público deverá estar devidamente capacitado para que possa exigir os documentos que entender necessários para formar a sua convicção sobre lucidez da pessoa deficiente, podendo até mesmo requerer apresentação de atestados médicos, como dito acima e, permanecendo a dúvida, então é que encaminhará a lide ao Juiz competente para Registros

Públicos para decisão.

Nesse ponto, apesar do conteúdo da nova lei, NADA MUDOU. A Lei nº 8.935/94, específica para Notários e Registradores, continua, como antes, exigindo-lhes que garantam a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

O que se pretende demonstrar é que mesmo diante das deficiências legislativas, há fatores que devem ser levados em conta, podendo se buscar assegurar de maneira efetiva o que já está previsto nas normas, mediante uma interpretação adequada, com o uso de ferramentas conhecidas, socorrendo-se ao princípio da dignidade como forma de assegurar o mínimo existencial, e mesmo da técnica da ponderação quando se verificar a colisão de princípios.

4.2 A necessidade de alinhar a produção legislativa constante no Código Civil, no Código de Ritos Cíveis e o Estatuto da pessoa com deficiência, no que atine ao deficiente com enfoque nos aspectos práticos da norma

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.

Neste cenário, 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 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 às novas definições atinentes as incapacidades. Para tanto, impõe-se que sejam reguladas situações específicas de pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade, pensando-se em mecanismos de se tornar obrigatória a adoção da língua de sinais, ao invés de se defender, de maneira simplista, que tais pessoas deveriam continuar a ser tratadas como absolutamente incapazes.

Não se pode negar o avanço que representa o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas de igual forma, não como não reconhecer a necessidade de reparos. Coadunar a redação do novo CPC e o artigo 3º do Código Civil, por exemplo, é um dos desafios, o que mostra o caos jurídico que envolve as questões procedimentais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência se transmudou num dos maiores avanços legislativos em matéria de proteção, valorizando e incluindo as pessoas com deficiência, além de buscar atender 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.

A defesa de que haja limitação patrimonial e negocial mencionada pela LBI de modo “preferencial” e não propriamente excludente, parece repetir a política de migalhas destinadas a esta classe de pessoas, pois que se estaria a admitir limitação de direitos recentemente assegurados ao invés de buscar amparar o efetivo exercício dos direitos tutelados por meio da difusão de mecanismos que incluam de fato os deficientes no seio social.

Propor 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, não parece de igual forma ser a melhor solução.

Observe-se que pela forma simplista haverá sempre justificativa para a limitação dos direitos formalmente preconizados, aduzir que se deve afastar riscos à pessoa com deficiência, apenas reforça a ideia de que tais pessoas são incapazes, o que vem sendo debatido há algum tempo exatamente por se entender sobre a possibilidade de efetiva inclusão dos deficientes, devendo ser superado o desconhecimento, por muito tempo preponderante, sobre as particularidades desse grupo de pessoas.

Deve-se 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, de maneira que qualquer proposição destinada a alteração do Código Civil, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil não questione automaticamente a condição de pessoa com deficiência, como pessoas que possuem presunção de incapacidade.

Certo é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, da forma como se encontra pode trazer prejuízos aos cidadãos com discernimento reduzido ou incapazes de manifestar a própria vontade, mas suprimir direitos para evitar maiores debates apenas nega a condição de seres capazes dos deficientes.

O que se nota ante a breve análise das três normas acima mencionadas é que existe situações em que uma norma nova (CPC vigente) passa a regular o direito antes amparado pela LBI, embora não estivesse este último ordenamento ainda solidificado os direitos que preconizou.

Traz-se assim a possibilidade da pessoa com deficiência poder 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, 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.

A dignidade da pessoa humana assume um caráter ético, buscando-se a igualdade entre os homens e o reconhecimento de sua dignidade no texto de uma declaração universal, como a declaração universal de direitos humanos de 1948. Nesse sentido Comparato (2010, p.71) explica:

Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos pela autoridade competente, dá muito mais segurança as relações sociais. Ele exerce, também uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial tardariam a se impor na vida coletiva.

As decisões judiciais tomadas sobre os direitos recentemente alterados não podem desse modo ignorar a cultura, as experiências e a história, esta que deve ser entendida tanto do ponto de vista do julgador como do da sociedade.

Não há como dissociar o direito tutelado dos valores sociais, não se podendo permitir que as conquistas alcançadas pela codificação dos direitos dos deficientes possam ser suprimidas, repetindo a exclusão social praticada contra as pessoas com deficiência.

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.

Há que se buscar sempre alargar o direito em vez de simplesmente suprimir o questionamento pela simples opção de limitação ao direito, devendo superar a ignorância que porventura exista sobre o tema.

Não é demais frisar que é necessária a atualização do legislador e do aplicador da norma, de maneira que se busque adequação à evolução tecnológica, para que não se crie direitos descabidos ou se assume decisões arbitrárias, que não possuam qualquer eficácia.

Primordial desta forma que os juristas atentem para a necessidade da formação interdisciplinar, sem se desprender do objetivo de efetivar a norma. 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, definitivamente, 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.

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 à 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 localizam 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 (THEODORO JÚNIOR et al., 2015. p. 66-67).

Se por um lado os princípios refletem a carecer 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 das incapacidades cuidou de estabelecer novos regramentos apenas para as hipóteses de identificação, pretendendo melhorar as condições pró-interditando.

Cumprir buscar efetivar a inclusão da pessoa com deficiência, retirando o estigma da incapacidade, o que deve orientar a interpretação das normas que se faça necessária quanto aos direitos dos deficientes.

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; e principalmente deve-se buscar extirpar o estigma da incapacidade.

Nesse contexto se torna relevante ainda levar em conta que 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, 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.

Neste cenário, a ponderação proposta por Alexy, serve para solucionar por ora o problema da adequação das normas sempre que se encontrar em choque direitos que tragam em seu bojo princípios.

Deve-se se ater o caso concreto para a verificação da intensidade da intervenção, da importância dos fundamentos que justificam a dita intervenção, para que se possa então

promover a efetiva ponderação no sentido restrito e verdadeiro. Não se podendo desprezar a possibilidade de um meio termo, entre vinculação e flexibilidade, que não despreze o ordenamento pátrio e assegure o cumprimento da Constituição Federal de 1988 em grau máximo.

A Teoria dos princípios sem dúvidas procura efetivar a Carta Magna, mas não deve se buscar o impossível, não limitando a efetivação da dignidade da pessoa humana das pessoas com deficiência à simples adequação do que se encontra previsto, visto que seria impossível, considerando que nem mesmo a norma, por ora, consegue se entender, tendo redações distintas sobre o mesmo tema, pelo que se operou de logo a revogação de alguns artigos.

A técnica da ponderação de valores não deve conduzir a um equivocado entendimento entre uma suposta colisão entre direitos fundamentais; ou entre um bem jurídico constitucionalmente protegido e outro sem status constitucional, sob pena de fazer valer uma solução contrariedade ao dispositivo constitucional.

Há que se analisar os princípios mas não prezar pela adoção de modelos e fórmulas que sejam compatíveis com a previsibilidade impossível de um sistema jurídico. Há que se cuidar de atentar às situações pretéritas, sem ignorar o presente e o futuro, de modo que na ocasião em que o direito for convocado seja viabilizado sempre o pleno acesso do deficiente à sociedade.

Deve ser analisada a dignidade da pessoa humana como forma de efetivar os direitos das pessoas com deficiência, como conceito de conexão que permite a ligação entre o conceito empírico e o normativo, que deve se fazer presente por meio de uma argumentação jurídica racional e não mero intuicionismo.

A abertura do sistema processual deve ser uma forma de se ratificar as exigências constitucionalmente presentes de motivação das decisões judiciais, por meio, por exemplo, da referência a um instrumental que exige que haja a devida justificação para o afastamento de um dos direitos ou o bem(ns) jurídico(s) em jogo, quando da existência de uma colisão.

Há que se pensar na interdisciplinaridade, devendo serem refletidos os diversos ramos do direito para a formação de uma decisão final, não se limitando à análise do que se encontra positivado quando da árdua tarefa de buscar a justiça.

Deve-se buscar aplicar as normas atinentes que resguardam as pessoas deficientes, sem ignorar as etapas da interpretação, sem esquecer que não há qualquer padrão fixo para a ponderação inicialmente, não tendo como se visualizar regras de forma descontextualizada.

Efetivar os direitos tardiamente assegurados àquelas pessoas que possuem deficiência,

nos termos da lei, só será possível se houver prévia análise a respeito do nível de hierarquia entre os direitos envolvidos, ressaltando-se a situação de eventual restrição por lei constitucionalmente autorizada do direito fundamental, o que estaria pois com suporte na norma.

O legislador brasileiro visando buscar solução aos variados temas que aportam nas casas legislativas promove constante alterações em normas que culminam numa série de outros problemas, Osvaldo Ferreira de Melo escreveu:

Que o poder estatal encontra seus limites nas condições sociais e que, portanto, a eficácia das leis depende de elas considerarem a existência dessas condições. Uma legislação arrogantemente estabelecida, sem levar em conta como seja a sociedade, quais os seus valores e quais os seus conflitos, suas necessidade e reivindicações, jamais será um instrumento de progresso. Quando muito se constituirá num meio hábil de conservação e imobilismo. (MELO, 1994, p. 100-101)

O princípio da proporcionalidade possui neste contexto papel relevante pois que se mostra como parâmetro existente para guiar a interpretação jurídica, devendo servir como medida para valorar os princípios quando houver eventual colidência.

Para não comprometer a estabilidade do ordenamento jurídico, há que se atentar para os mecanismos reais de ponderação, e assim não se permita a certa supremacia de determinado princípio em detrimento de outro, que pode conduzir a efetiva violação princípio ou de outros princípios, além de direitos, sendo imperiosa a verificação casuística.

Assim, na teoria da colisão, não há sentido que exista a técnica da ponderação, se se defende a existência de princípios absolutos, pois que haveria sempre pesos pré-fixados tornando previsível a aplicação, o que não resolveria os problemas inúmeros decorrentes dos atropelos provenientes de uma produção legislativa desprovida do adequado preparo para a produção de normas.

Não se pode permitir lesão a interesses coletivos como meio de salvaguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, simplesmente por se defender a necessidade de uma sistemática de valorização suprema deste princípio.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Robert Alexy (2011, p. 112-113) sustenta:

Nos casos em que a dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada, ou não. Contudo, em face da abertura da norma da dignidade humana, há um ampla margem de apreciação na resposta a essa questão [...] Que o princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana, é algo que pode ser percebido com especial clareza na decisão sobre prisão perpétua, na qual se

afirma que ‘a dignidade humana (...) tampouco é violada se a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso e se, por razão, for vedada a graça’. Com essa formulação fica estabelecido que a proteção da ‘comunidade estatal’, sob as condições mencionadas, tem precedência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser definida de outra forma.

Nessa conceituação, verifica-se, pois, que a dignidade da pessoa humana pode ser afastada diante de determinado colisão entre princípios, ou até mesmo, entre efeitos da própria dignidade da pessoa humana, a saber, a bipolaridade existente entre o *prima analítico* da dignidade humana sob o viés individual e, em outra vertente, a análise da dignidade enquanto garantia de uma coletividade.

Nenhum princípio é superior, em essência, a outro, sendo assim, não seria o princípio da dignidade da pessoa humana absoluto, não se transmutando em regra estabelecida pela construção teórica formalizada pelas valorações principiológicas comumente constituídas.

Portanto, a determinação de uma supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana padece diante das novas tendências de interpretação jurídica, a exemplo da visualização racional da argumentação jurídica, bem como das evoluções ocorrentes nas técnicas de ponderação, diante de colisões de princípios em determinado caso concreto.

Desta forma, caracteriza-se como um desafio a ser buscado pelo direito contemporâneo, o afastamento de possíveis subjetividades existentes durante a ponderação, prática desenvolvida no atuar jurisdicional, principalmente diante de conceituações extremadas e carregadas de valores absolutos, provenientes de conceitos previamente estabelecidos pela estrutura extrajudicial, o que pode ocasionar em lesões irreversíveis ao respectivo ordenamento jurídico, gerando assim, a formação de instabilidades sociais.

Patente é a necessidade de se socorrer de outras normas, inicialmente estranhas ao tema, ou mesmo regras não formalizadas, como forma de alcançar o pleito individual posto em análise, o que justifica a preocupação do legislador em buscar a pacificação social por meio de uma solução mais justa de casos emblemáticos.

Nesta senda, assume papel relevante os casos semelhantes, que servirão como parâmetro para parear solução de novos casos, trazendo como consequência, uma maior efetivação da justiça, pelo aprofundamento do estudo sobre o tema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretende-se com as considerações acima evidenciar que não há como justificar 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 tão somente em situação pretéritas.

Faz-se 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 positivados.

Não há espaço mais para o conformismo e a simples justificativa de 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.

Permitir o reconhecimento de alguém como incapaz nada mais é do que a perpetuação de uma histórica exclusão, desprezando todo o sofrido histórico de mutilações de toda ordem por que passaram as pessoas com deficiência, esquecendo-se ainda de que o objetivo das normas sobre o tema é promover inclusão.

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, por meio da interação com os deficientes e o conhecimento sobre as particularidades de suas vidas, 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, bem como o Código de Processo Civil, o Código Civil e eventuais normas que venham a implementar melhorias sobre o tema, servem de amparo para efetivação dos direitos da classe das pessoas com deficiência.

Atenção deve ser dada as alterações e/ou inovações legislativas para que não impactem de forma negativa no direito material tutelado, indo de encontro às conquistas alcançadas.

Não se pretende esgotar o tema, dada a necessidade de discussão perene considerando tratar-se de assunto recente e árduo, em razão mesmo dos reflexos que produz.

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.

Assim, se eventualmente otimizar o cumprimento dos direitos fundamentais nos casos concretos termina por gerar colisões entre eles, pois que cada direito fundamental deve ser efetivado na maior medida possível, podendo ocasionar a restrição de outro ou outros direitos

fundamentais, que assim seja.

Resta pois, verificar as colisões havidas entre os direitos fundamentais para que se verifique se está em jogo um direito fundamental e outro direito fundamental ou vários objetivos coletivos constitucionalmente veiculados em princípios.

A busca pela efetivação ótima de um direito fundamental via de regra pode gerar a imposição de restrições a outros princípios presentes nos casos concretos, conduzindo a consequências normativas irreconciliáveis entre si em um caso concreto, o que não repele a possibilidade de efetivação, dada a possibilidade da argumentação jurídica racional.

Já que se pretende efetivar os direitos fundamentais na maior medida possível, com enfoque especial para a dignidade da pessoa humana, garantindo-se ao deficiente o exercício dos seus direitos como cidadãos comuns, qualquer restrição a um direito dessa classe de pessoas deve ser justificada por argumentos racionais, aceitáveis e publicamente controláveis.

Conforme defende Alexy, na obra Teoria da Argumentação, a justificação da restrição no caso específico a um direito fundamental é garantida pela análise da proporcionalidade, só sendo justificável se for proporcional, servindo desse modo como justificação de uma restrição a um direito fundamental, evitando que se reduza a justificação a um ato meramente ilusório.

Apreciar a dignidade humana, assegurando o mínimo existencial, a liberdade de fato, a relevância financeira, sem desprezar a positivação dos princípios, torna-se possível portanto, por meio da ponderação, socorrendo-se a proporcionalidade em sentido estrito.

Neste contexto, busca-se assegurar efetivação da dignidade humana, como princípio relativo, podendo até mesmo sofrer flexibilização, quando da análise de outras normas, se necessário.

Assegurar a proteção buscada nos casos concretos apresentados é o desafio que se impõe, destacando-se a necessidade da continuidade das conquistas por meio de edição e aperfeiçoamento de normas cada vez mais humanizadas.

Normas que denotem que a redução de grupos de pessoas a minorias sociais, enquanto classe marginalizada, representa um retrocesso substancial para a história do país. Um Direito que ampare as pessoas com deficiência, reflete uma sociedade que preza pelo fortalecimento e disseminação da acessibilidade, culminando na tão almejada pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

AMIRALIAN, Maria LT et al. Conceituando deficiência. **Rev. Saúde Pública**, v. 34, n.1, São Paulo. Feb. 2000. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000100017. Acesso em: 10 set. 2016.

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

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

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. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 11 set. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 25. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Editora Edipro: 2012.

CANHEU, Gustavo Casagrande. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a atividade notarial e registral**. 2011. Disponível em: <http://www.notariado.org.br>. Acesso em: 01 nov. 2016.

CANOTILHO, José 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.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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.

FIGUEIRA, Emílio. **Caminhando no silêncio: Uma introdução à Trajetória das Pessoas com Deficiência na História do Brasil**. São Paulo: Giz, 2008.

GARCIA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. **Trab. Educ. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p.165-187, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tes/v12n1/10.pdf>> Acesso em: 20 set. 2016.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado (BOE), 1994.

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

HONORA, M.; FRIZANCO, M. L. **Esclarecendo as deficiências: Aspectos teóricos e práticos para contribuir com uma sociedade inclusiva**. Ciranda Cultural, 2008.

IBGE. **Censo 2010**. 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/> Acesso em: 10 set. 2016.

KANT, I. **fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997.

LEONARDO, Nilza Sanches Tessaro; BRAY, Cristiane Toller; ROSSATO, Solange Pereira Marques. Inclusão escolar: um estudo acerca da implantação da proposta em escolas de ensino básico. **Rev. bras. educ. espec.** v. 15 n. 2, Marília. May/Aug. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-65382009000200008, Acesso em: 08 set. 2016.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Princípios gerais de direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

NERI, Marcelo, et al. **Retratos da Deficiência no Brasil**, Rio de Janeiro: FGV/CPS, 2003.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Classificação de transtornos mentais e de comportamento (CID-10)**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

_____. **Publicações da OMS**. Disponível em <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/> Acesso em: 9 out. 2016.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. As dimensões da dignidade humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. *In*: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). **Nos limites da vida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Dignidade da pessoa humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. *In*: ALEXY, Robert, BAEZ, Narciso Leandro Xavier, SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). **Dignidade humana e direitos sociais e não-positivismo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

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

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: Construindo uma sociedade para todos. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1999.

_____. **Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. São Paulo: Prodef, 1997.

_____. **“Artigo 19”**: A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

_____. Como chamar as pessoas que têm deficiência. *In*: SASSAKI, R. K. **Vida independente**: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003.

SILVA, Otto Marques da. **A epopéia ignorada**: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. rev. E atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 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.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos. **Plano de Ação para Satisfazer as Necessidades Básicas de Aprendizagem**. Nova Iorque: WCEFA, 1990. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br>. Acesso em: 11 set. 2016.

VOIVODIC, M. A. **Inclusão escolar de crianças com síndrome de Down**. Petrópolis: Vozes, 2004.