



Vedação do Retrocesso ao Absolutamente Incapaz

Ronaldo Vieira Francisco

Apresentação
Reynaldo Soares da Fonseca

Prefácio
Arruda Alvim

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

347.15/17-056.26

F819v

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA

Nº

DATA

1166026

17/03/20



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

1166026

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rodrigo Lippi

F819v

Francisco, Ronaldo Vieira

Vedação do Retrocesso ao Absolutamente Incapaz / Ronaldo Vieira Francisco – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

176 p.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-442-3205-7

1. Pessoas incapazes de consentimento. 2. Convenção de Nova York. 3. Retrocesso vedado. I. Francisco, Ronaldo Vieira. II. Título.

CDD 341.55514

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Apresentação

A vida bloqueada
instiga o teimoso viajante
a abrir nova estrada.

Helena Kolody

O artigo 5º, *caput*, de nossa Constituição Federal prestigia o *princípio da igualdade*. O dispositivo estabelece que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Trata-se de princípio basilar para o Estado Democrático de Direito, cuja importância é reconhecida de forma uníssona. Nada obstante, em não raras vezes, grupos político-sociais e juristas o invocam para sustentar pontos de vista antagônicos, no que tange a sua aplicação em situações concretas.¹ O significado da frase “sem distinção de qualquer natureza” é disputado, assim, por leituras distintas.

De um lado, há quem acredite que o ordenamento jurídico-constitucional não permite certas diferenciações baseadas em questões como “origem, raça, sexo, cor, idade” (art. 3º, IV,

1. “*Uma teoria constitucional contemporânea precisa encarar o fato de que, mesmo acreditando na existência de direitos e da justiça, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas.*” GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

CRFB/88). O que se deve levar em consideração é o *mérito*: a capacidade individual de cada um para ser aprovado em um concurso público, por exemplo. Ou, em uma versão mais atenuada, sustenta-se que as desigualdades do país são estritamente sociais e, portanto, não estão relacionadas com a raça, a etnia, deficiências ou a cor da pele de alguém.

De outro lado, corrente distinta acredita que a visão acima vulnera o princípio da igualdade em sua essência. Como anotado na feliz frase de Augusto Cury: “o sonho da igualdade só cresce no terreno do respeito pelas diferenças”. Nessa perspectiva, há que se romper com uma leitura formal desse princípio e interpretá-lo à luz das desigualdades *de facto* que existem na sociedade, sobretudo as que envolvem “origem, raça, sexo, cor, deficiências ou idade”. Trata-se de observar a igualdade por uma dimensão *material*, tendo em vista que lê-la por um viés meramente formal é conferi-la estatura ilusória.²

Com efeito, conforme bem explanam o Ministro Luís Roberto Barroso e Aline Osório, a igualdade possui *três* dimensões.³

A *primeira* é a *igualdade formal*, pilar do Estado de Direito, que veda a existência de privilégios e de tratamentos discriminatórios sem justificativas plausíveis. A igualdade material, no entanto, possui dois desdobramentos. A *segunda* dimensão é a igualdade material correspondente às demandas por redistribuição de poder e de riquezas. Já a *terceira* é a

2. COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, Desigualdades. **Revista Trimestral de Direito Público**, 1/1993, p. 77-78.

3. BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. Sabe com quem está falando?: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016, p. 207-208.

igualdade material como *reconhecimento*, que se expressa como um dever de tolerância e de respeito às diferenças lastreado no objetivo fundamental da nação: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Nesse diapasão, a obra “Vedação do retrocesso ao absolutamente incapaz”, ora apresentada, rompe com o lugar-comum, anuncia novos paradigmas e realiza uma análise crítica quanto aos aspectos das incapacidades na esfera do direito civil, a partir da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e do Direito Comparado.

Após examinar vasta doutrina e julgados dos Tribunais Superiores, aponta o autor que o sistema atual de proteção às incapacidades, se interpretado de forma literal, constituirá um retrocesso no que tange aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, especialmente se comparado com a legislação civil antecedente.

Em apertada síntese: constata o autor que, diante da mudança do sistema de incapacidades no Brasil, decorrente da Convenção de Nova York e do subsequente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015), o Código Civil de 2002 (art. 3º) fora derogado e, desde então, remanesce no ordenamento jurídico apenas o menor absolutamente incapaz. E pondera:

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

No Brasil, diferentemente, o que se viu foi o abandono completo da proteção idealizada, ainda no Código Filipino, aos absoluta-

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

Assim, o belo trabalho apresentado desenvolve o tema da seguinte maneira: a) Personalidade, capacidade e incapacidade; b) Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência, abordando especialmente a legislação da França, da Itália, de Portugal e da Argentina; c) Direito Civil contemporâneo, com enfoque especial na eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais e no sistema de cláusulas gerais ou janelas abertas; d) Vedação ao retrocesso, com análise doutrinária e jurisprudencial.

No dizer do grande Manuel de Barros (1916-2014), poesia é “voar fora da asa”. Logo, este espaço acadêmico, que também é fruto da linguagem e da literatura, está envolvido em voos que reafirmam a eficácia e a prevalência dos direitos e garantias fundamentais consagrados na nossa Constituição Cidadã e no Direito Comparado.

O autor e sua obra apresentam uma reflexão verdadeiramente instigante.

Boa leitura! Avante!

Reynaldo Soares da Fonseca
Professor e Ministro do Superior Tribunal de Justiça