



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

Nota Técnica nº 01/2016
GT Inclusão de Pessoas com Deficiência
Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

Brasília, 29 de julho de 2016.

Assunto: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Norma constitucional. Direito fundamental ao reconhecimento da capacidade civil plena das pessoas com deficiência.

Trata-se de Nota Técnica elaborada pelo GT Inclusão para Pessoas com Deficiência para análise das iniciativas legislativas referentes a alteração da Lei Brasileira de Inclusão no que se refere a capacidade das pessoas com deficiência e o Incidente de Assunção de Competência nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 856.156/RJ.

É clássica a lição de que toda pessoa é sujeito de direitos, mas nem toda pessoa é capaz de ação, de ato, no que se refere à prática de negócios jurídicos¹.

Nesse sentido, as pessoas com deficiência, especialmente mental e intelectual, mesmo lhes sendo assegurada a titularidade de direitos, sempre foram arroladas entre as pessoas absoluta ou relativamente incapazes para a prática dos atos

¹ MIRANDA, Pontes de. 1892-1979. Tratado de direito privado. - 4ª ed. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, pág. 155.

da vida civil.

No antigo Código Civil (1916), por exemplo, elas estavam compreendidas entre os “loucos de todos os gêneros” ou “surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade” e eram considerados absolutamente incapazes (art. 5º, II e III).²

No atual Código Civil (2002), em sua redação original, ora estavam entre os absolutamente incapazes para os atos da vida civil (art. 3º, II – “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desse atos” e III - “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”), ora estavam entre os relativamente incapazes (art. 4º, III - “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”), conforme o grau de seu discernimento.

Entretanto com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007 e, conforme rito previsto no art. 5º, § 3º³, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, 25 de agosto de 2009, houve alteração substancial do regime da incapacidade das pessoas com deficiência por norma incorporada com força de Emenda à Constituição.

Na questão da capacidade o Artigo 12 da Convenção é explícito ao reconhecer as pessoas com deficiência como plenamente capazes:

“Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

² MONTEIRO, Washington de Barros, 1910-. Curso de direito civil. - São Paulo: Saraiva, 1987-1991. Vol. I. 30. ed. , pag. 61.

³ Na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência **gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.**

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência **ao apoio que necessitarem** no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal **incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.** 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 aplicarem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.” (grifei)

A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência (LBI), veio apenas a regular internamente as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência.

Para a verificação da implementação da Convenção nos países signatários a ONU criou um comitê de acompanhamento para debater os progressos alcançados e as lacunas existentes na aplicação das normas previstas nos países que a ratificaram. O Brasil teve seu relatório inicial avaliado em 4 de setembro de 2015, ou seja, após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, através de documento que contém as observações finais do Comitê⁴.

⁴ Íntegra das Observações do Comitê em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cpd/documentos/relatorio-do-comite-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia->

Referente ao previsto no art. 12, o Comitê demonstrou grande preocupação que, mesmo com a Lei Brasileira de Inclusão, houve poucos avanços no reconhecimento pleno da capacidade das pessoas com deficiência:

“Igual reconhecimento perante a lei (art. 12)

24. O Comitê está preocupado que a legislação do Estado Parte **ainda preveja a tomada substitutiva de decisão em algumas circunstâncias.** Isto é contrário ao artigo 12 da Convenção, conforme explicação no Comentário Geral No. 1 do Comitê (2014) sobre igual reconhecimento perante a lei. O Comitê também está preocupado que **os procedimentos de tomada de decisão apoiada requeiram aprovação judicial e não deem primazia à autonomia, vontade e preferências das pessoas com deficiência.**

25. **O Comitê insta o Estado Parte a retirar todas as disposições legais que perpetuem o sistema de tomada de decisão substitutiva.** Também recomenda que, em consulta com as organizações de pessoas com deficiência e outros prestadores de serviços, o Estado Parte adote medidas concretas para substituir o sistema de tomada de decisão substitutiva por um modelo de tomada de decisão apoiada, que defenda a autonomia, vontade e preferências das pessoas com deficiência em plena conformidade com o artigo 12 da Convenção. **Insta ainda que todas as pessoas com deficiência que estejam atualmente sob tutela sejam devidamente informadas sobre o novo regime legal e que o exercício do direito de tomada de decisão apoiada seja garantido em todos os casos.**” (grifei)

Entretanto, internamente, em vez de se buscar uma adequação aos preceitos da Convenção, essa mudança de paradigma vem sofrendo várias e infundadas críticas e questionamentos no âmbito interno, não faltando iniciativas legislativas e judiciais para não apenas deixar de avançar no direito das pessoas com deficiência, mas promover retrocessos.

A principal iniciativa no campo legislativo é o Projeto de Lei nº 757, de 2015, de autoria dos Senadores Antonio Carlos Valadares (PSB/SE) e Paulo Paim

[traduzido-em-portugues](#). Acesso em 29.07.16.

(PT/RS)⁵; e a apresentação, com fundamento no art. 947, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, de Incidente de Assunção de Competência, pelo Ministério Público Federal oficiante nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 856.156/RJ, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em ambos os casos, a preocupação maior, com apego em uma interpretação histórica da legislação civil, é a de resguardar pessoas com deficiência intelectual ou mental gravemente comprometidas através de uma maior proteção. Ocorre que é possível dar-lhes a necessária salvaguarda, sem que lhe seja tolhido o direito à manifestação de sua vontade.

Os projetos de lei apresentados e o parecer inicial no incidente de assunção de inconstitucionalidade, com fundamento numa proteção à pessoa com deficiência, desconsideram os valores fundamentais do reconhecimento dos direitos de tais pessoas à capacidade, à valorização de sua vontade, a qual subsiste a despeito do que se considerava no passado como “discernimento”.

O discernimento, subjetivo em sua essência, não pode ser avaliado por nenhum ser humano, pois para tanto necessariamente teria valorá-lo, e assim considerando que o seu é superior ao de outro que livremente manifesta sua vontade. Certamente há que se prever apoios e salvaguardas, mas não a substituição da vontade da pessoa por deficiência pela vontade de outro, característica do instituto da curatela.

Obviamente, é uma drástica mudança de paradigma e por certo enfrentaria resistências. Mas tais mudanças ocorrem no curso da história, e sempre objetivam tornar a sociedade mais justa e solidária. Tenha-se como exemplo que em 1916 o antigo Código Civil, que esse ano completa seu centenário, previa a

⁵ Foi aprovado, em 8/6/2016, o parecer na CDH, com pequenos ajustes no projeto, que foi remetido em 10/6/2016, à CCJ, onde a Senadora Lídice da Mata, do PSB da Bahia, foi indicada para ser a Relatora (<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>). Com caráter terminativo na CCJ do Senado Federal.

incapacidade relativa das mulheres casadas (art. 6º, II) situação que prevaleceu até o ano de 1962! Um século não chega a ser um tempo tão grande na história da humanidade, mas demonstra claramente a mudança de pensamento e dos (pre)conceitos de uma sociedade.

Para melhor aprofundar o tema, necessário fazer constar aqui alguns esclarecimentos sobre as origens e a importância do reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência à capacidade.

Fundamentos jurídicos: valores e princípios fundantes do direito das pessoas com deficiência à capacidade civil plena

O direito à capacidade por parte das pessoas com deficiência é corolário dos direitos à não discriminação, à dignidade, à plena e efetiva participação na sociedade, à igualdade de oportunidades, à acessibilidade e à autonomia individual, todos albergados entre os princípios da Convenção Internacional.

A luta pela capacidade plena não é nova e nem é exclusiva por parte das pessoas com deficiência. Ela é antiga e de vários grupos (escravos, pessoas sem patrimônio, analfabetos, mulheres), que, não sem uma luta constante para mudança da mentalidade da sociedade, foram paulatinamente sendo incluídos no reconhecimento desse direito.

Isso não significa, entretanto, que tais pessoas tenham passado a viver em isolamento e que sua eventual vulnerabilidade seja desconsiderada; que um cônjuge possa se desfazer de seus bens sem a autorização do outro; que consumidores hipossuficientes não mereçam qualquer proteção legal. Trata-se, na verdade, de um direito humano fundamental de ser “moralmente livre”, de poder fazer valer a sua *vontade interior*, que é um componente ligado à dignidade das pessoas e jamais ao que o

outro considera ou não como discernimento.

Esse desejo de respeito às suas escolhas não é diferente para as pessoas com deficiência:

“O valor da autonomia [...] se apoia na imagem implícita de uma pessoa *moralmente livre*.⁶

(...)

A autonomia individual está associada com o 'princípio de uma vida independente', isto é, com a capacidade de homens e mulheres com deficiência controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos de vida tomando decisões e assumindo responsabilidades de modo a ascender aos bens materiais e imateriais inerentes a todos.”⁷

Mas para tais pessoas e seus familiares, esta luta tão cara sempre foi incompreendida e pouco divulgada. De acordo com Sidney Madruga, apenas em 1972 é que se registram as primeiras iniciativas na defesa pela “capacidade das pessoas com deficiência”, vindas do Movimento de Vida Independente, segundo o qual:

“[...] a pessoa com deficiência é capaz, como qualquer outra, de administrar sua própria vida, tomar decisões, fazer escolhas e assumir seus desejos; tem, portanto, o poder, para fazer-se representar e ter voz própria nas questões que lhe dizem respeito”.⁸

O mesmo autor explicita, em outra oportunidade:

“Vida independente, contudo, não se traduz em autonomia absoluta, senão autonomia moral. Não significa querer fazer tudo individualmente, não necessitar de ninguém ou querer viver em isolamento, mas pleitear as mesmas opções e o mesmo controle de vida diária que os homens e mulheres sem deficiência.

É querer, por exemplo, utilizar o transporte público, frequentar escolas,

⁶ MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. - São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 111, há grifos também no original, pois o termo “moralmente livre” refere-se à citação que de Rafael de Lorenzo.

⁷ Idem, pag. 113.

⁸ Ibidem, pág. 113.

trabalhar, enfim exercer plenamente o exercício da cidadania, mediante a prática de atos da vida civil, dentre eles ascender a um cargo eletivo ou participar de qualquer processo de escolha.⁹

Nessa senda, o que ocorreu em 2007, durante a votação da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência pelos diversos países e representantes de movimentos pelos direitos de pessoas com deficiência, foi a **opção integral pelo paradigma do direito à capacidade**. Para tanto, a Convenção rompeu definitivamente com a identificação frequentemente feita entre deficiência e incapacidade, reconhecendo, já no seu preâmbulo, “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, **inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas**”, e consagrando o reconhecimento de sua capacidade legal e de sua igualdade perante a lei no já citado artigo 12.

Obviamente, essa visão nova sobre as pessoas com deficiência causa desconforto e perplexidade, ao se imaginar que a partir de agora elas não mais contam com a proteção de um curador, entretanto, cabe as instituições compreenderem essa nova visão e as políticas públicas serem adaptadas e revistas para atender o novo paradigma, mas sem retrocessos ou negação de vigência da Convenção, incorporada como norma constitucional.

Vale lembrar que o Artigo 4, item 4, da Convenção dispõe que “nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado” e que “não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e

⁹ Disponível em: <http://jota.uol.com.br/lei-brasileira-de-inclusao-e-capacidade-eleitoral-das-pessoas-com-deficiencia-mental-grave>. Acesso em 24.07.2016.

liberdades ou que os reconhece em menor grau”.

O reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência não representa negação do seu direito à proteção legal, mas sim um cuidado diverso, não suprimindo sua vontade e garantindo também o direito ao erro na tomada de suas decisões, pois o crescimento individual passa necessariamente pelos equívocos que todos cometemos.

Segue um breve resumo sobre as alterações legislativas já aprovadas nessa direção e algumas proposições sobre a forma de sua implementação, de modo a conciliar capacidade com proteção.

Implementação, no âmbito interno, do novo paradigma

A LBI, em seu artigo 84, *caput*, dispõe que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” e nos termos do seu artigo 6º, “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”.

O art. 114, da LBI, para implementar o novo modelo de capacidade, alterou os artigos 3º e 4º, do Código Civil, para não mais elencarem entre as pessoas incapazes civilmente, as pessoas com deficiência, **exceto aquelas**, isso independentemente de uma situação de deficiência, **que não puderem exprimir a sua vontade** (Art. 4º, inc. II, CC). Ainda assim, essas pessoas são consideradas tão somente “relativamente incapazes”.

Trata-se de abalo nas estruturas consolidadas do ordenamento e na construção doutrinária do regime das capacidades, pois pessoas “relativamente incapazes” são aquelas apenas assistidas por seus representantes legais. Ocorre que

uma pessoa incapaz de exprimir a sua vontade, não necessitará apenas de assistência, mas de representação. Mas a designação de “relativamente incapazes” foi correta, pela nova disposição constitucional trazida pela Convenção visando que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa (Artigo 12, 4).

De fato, mesmo uma pessoa em coma ou com uma deficiência grave tem uma história de vida que demonstra suas inclinações e indica claramente o que ela gostaria que fosse realizado nesta ou naquela hipótese. A sua designação como “relativamente incapaz” significa que o curador precisará, sempre que solicitado, explicar a coerência das suas decisões com os desejos da pessoa curatelada.

O instituto da curatela ainda subsiste, mas sofreu alterações que não podem ser ignoradas e deve ser utilizado apenas em casos extremos e de forma restrita. Além disso, como alternativa, foi criado o instituto da Tomada de Decisão Apoiada (art. 84, § 2º da LBI e art. 1.783-A, do CC), o qual precisa ser mais difundido, ter a sua adoção incentivada, e necessariamente, aprimorado ante a dificuldade de sua implantação, atualmente exclusiva por meio judicial, mas se trata de medida de apoio não invasiva quanto ao reconhecimento da capacidade civil.

Os procedimentos de interdição e curatela ainda vêm sendo utilizados sem qualquer revisão e equivocadamente com base na Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), apesar de sua publicação ser anterior à LBI e destoar das normas constitucionais presentes na Convenção, não atendendo a nova redação do artigo 1.767, inc. I, do Código Civil, que limita a curatela apenas “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Assim, ao invés de se propor a sua alteração legislativa ou a mera desconsideração pelo Judiciário, sob o fundamento de garantir uma maior proteção à pessoa com deficiência, mas tolhendo o seu direito de expressar à vontade, entende o

GT inclusão para pessoas com deficiência da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão que deve ser melhor compreendido e respeitado o novo paradigma de capacidade trazido pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, adotando os órgãos ministeriais e judiciais, entre outras, como medidas ou orientações:

- a aplicação imediata aos procedimentos de Interdição ou Curatela em andamento das disposições da Convenção e da LBI e afastadas as disposições do Código de Processo Civil que sejam com ela conflitantes e sempre oportunizando às partes interessadas, quando possível, a sua manifestação sobre a opção pela Tomada de Decisão Apoiada;

- que os pedidos de interdição e curatela sejam deferidos apenas para as pessoas em situação de comprometimentos muito severos (em razão ou não de deficiência – coma, autismo muito grave, entre outros) que as impeçam de exprimir sua vontade;

- que a quesitação em tais procedimentos deve ser elaborada com base na premissa do respeito à vontade da pessoa com deficiência e na evolução do modelo médico de deficiência para o modelo baseado em direitos;

- que nos casos de impossibilidade de manifestação da vontade, nos termos do art. 85, § 2º, da LBI, a interdição seja medida extraordinária e deva ser revista periodicamente, em prazo razoável, com vistas a uma eventual extinção ou conversão em Tomada de Decisão Apoiada;

- a pessoa em situação de curatela é relativamente incapaz (art. 4º, do Código Civil), mas que ante a sua impossibilidade em manifestar a sua vontade, a função do Curador pode ser considerada como sendo de representação, e não apenas assistência, demonstrando esse que toma decisões com base nas inclinações e na

história de vida pretérita da pessoa curatelada;

- que o impulsionamento dos pedidos de Tomada de Decisão Apoiada deve se dar com base em um modelo processual cooperativo, em que o Juiz exerça um papel conciliador e se valendo, quando possível, da colaboração da família da pessoa com deficiência e de equipe multiprofissional para definição, de preferência em audiência concentrada, fixando os limites e a forma de apoio mais adequada;

- qualquer pessoa com deficiência, se assim o desejar, pode optar pelo procedimento de Tomada de Decisão Apoiada e não apenas as pessoas com deficiência mental ou intelectual;

- que seja promovida a identificação de pessoas que já estejam em situação de curatela para que seja feita a revisão de todas as interdições realizadas, em prazo razoável, e, quando for o caso, determinar sua extinção, suspensão ou conversão em Tomada de Decisão Apoiada;

- que nos termos do art. 6º e 85 da LBI, a interdição ou a curatela não impede a pessoa com deficiência de exercer seu direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto;

- que o reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência não impede a invocação de regras de proteção às partes mais vulneráveis e o princípio da boa-fé na prática dos atos.

Conclusão

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência introduziu no ordenamento constitucional novos paradigmas quanto ao conceito de capacidade das pessoas com deficiência. Cabe aos poderes constituídos garantir a

implementação plena desse novo modelo, constituindo mecanismos adequados ao auxílio das pessoas com deficiência, sem que com isso elas tenham a vontade substituída, como ocorre através do instituto da curatela.

Assim, qualquer medida que venha ampliar os casos de incapacidade e de hipóteses de interdição de pessoas com deficiência, ainda que com o fundamento em lhes garantir maior proteção, ao substituir de sua expressão da vontade, contraria norma internacional incorporada ao ordenamento com força de Emenda à Constituição, tendo inclusive o Brasil já sido advertido pelo Comitê de acompanhamento da ONU sobre a implementação da Convenção nos Estados signatários que cumpre ao Brasil **retirar todas as disposições legais que perpetuem o sistema de tomada de decisão substitutiva.**

Posto isso, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15) deve ser aplicada em sua integralidade, garantindo-se inclusive a revisão dos processos de interdição anteriores à sua vigência e adotando-se medidas para aprimorar e ampliar a utilização do instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Fabiano de Moraes

Coordenador do GT Inclusão para pessoas com Deficiência

Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão