



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

RAFAEL BARRETO SOUZA

**IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO SOBRE
OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: OS IMPACTOS DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PLENA CAPACIDADE
JURÍDICA**

FORTALEZA

2013

RAFAEL BARRETO SOUZA

**IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: OS IMPACTOS DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PLENA CAPACIDADE
JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional

Orientadora: Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne.

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S719i Souza, Rafael Barreto.
Implementação no Brasil do artigo 12 da convenção sobre os direitos das
pessoas com deficiência: os impactos da constitucionalização do direito à
plena capacidade jurídica / Rafael Barreto Souza. – 2013.
160 f. : enc. ; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Profa. Dra. Tarin Cristino Forta Mont'Alverne.
1. Pessoas Portadoras de Deficiência. 2. Tratados. 3. Direitos humanos. I.
Mont'Alverne, Tarin Cristino Frota (orient.). II. Universidade Federal do
Ceará – Mestrado em Direito. III. Título.

RAFAEL BARRETO SOUZA

**IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: OS IMPACTOS DA
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PLENA CAPACIDADE
JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Tarin Cristino Frota Mont'Alverne (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Presidente de Banca / Suplente da Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Luciana Maria Maia Viana
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Às incríveis pessoas com deficiência que
pude conhecer no Ceará e no mundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos militantes e companheiros do movimento de pessoas com deficiência, Alexandre Mapurunga, Keila Chaves, Joselina, Patrick Oliveira e Aline Baima pelos ensinamentos e pela companhia na luta pelos direitos das pessoas com deficiência no Ceará.

À Associação Vida Brasil, ao Centro de Apoio às Mães de Portadores de Eficiência (CAMPE), à Associação dos Cegos do Estado do Ceará (ACEC), à Casa da Esperança e ao Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CEDEF), por sua ação na promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência no Ceará.

À International Disability Alliance, particularmente à Tchaurea Fleury e Victoria Lee e Alex Cote, por me abrirem os horizontes da proteção dos direitos das pessoas com deficiência na esfera internacional. Por me tratarem como parte da família e por carregarem, onde quer que estejam, a força que impulsiona a mudança.

À Shyami Puvimanasinghe e ao Bat-Ardene A. Zagd do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por sua supervisão, ensinamentos, oportunidade de contribuir diretamente e pelo profícuo diálogo intercultural.

À Profa. Tarin Mont'Alverne pela orientação, compreensão, paciência e, acima de tudo, fé de que este trabalho sairia da melhor forma possível.

Ao Prof. Hugo Segundo e à Profa. Raquel Coelho, pela honra que me proporcionaram de participar de minha banca e de avaliar o trabalho.

À Profa. Luciana Maia, pelo exemplo de pessoa e profissional, por me ajudar a quebrar paradigmas conceituais do senso comum, enxergar as pessoas com deficiência em todo o seu potencial, por ser um modelo de supervisora e também por avaliar este trabalho.

Ao Prof. João Luis Matias, coordenador em 2010 do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, por sua compreensão e sabedoria.

À Marilene da coordenação de Pós-Graduação por sua ajuda, disponibilidade e atenção com todos no Mestrado.

À Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP), pela bolsa concedida.

À Rosana, Lorryne, Pétalla, Aline, Sara e Betiti, companheiras genebrinas que contribuíram para dar vida a este trabalho e para o desenvolvimento deste tema.

À María del Mar, Camilo, Nirmali, Meera e Ravi pela amizade e apoio nos dias vividos do outro lado do mundo.

Aos amigos de hoje e de sempre, pela sua contribuição e fé de que seria possível terminar esta etapa e à Ingrid pelo carinho e sorriso reconfortante especialmente durante a fase final do trabalho.

Agradeço, primordialmente, ao meu pai, à minha mãe e aos meus irmãos pela força e apoio durante estes longos dois anos e meio.

Por esta razón, la visión compleja de los derechos apuesta por situarnos en la periferia. Centro sólo hay uno. Lo que no coincide con él es abandonado a la marginalidad. Periferias, sin embargo, hay muchas. En realidad todo es periferia, si aceptamos que no hay nada puro y que todo está relacionado. Una visión desde la periferia de los fenómenos nos indica que debemos dejar la percepción de «estar en un entorno», como si fuéramos algo ajeno a lo que nos rodea y que hay que dominar o reducir al centro que hemos inventado. No estamos en el entorno. “Somos el entorno”. [...] La soledad del centro supone la dominación y la violencia. La pluralidad de las periferias, el diálogo y la convivencia.

Jorge Herrera Flores

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi incorporada ao ordenamento brasileiro com status equivalente a emenda constitucional em 2008, conforme o procedimento do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. Este tratado contou com a maior participação da sociedade civil mundial até então vista nas Nações Unidas, sendo elaborado com legitimidade democrática inédita. A Convenção promulga o direito à plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência em seu artigo 12. Seus princípios se baseiam na supremacia da autonomia, na tomada de decisão apoiada e na regulamentação rigorosa de quaisquer restrições à capacidade legal. A presente dissertação busca entender quais são os impactos da constitucionalização do direito à plena capacidade jurídica por meio da Convenção no Direito brasileiro. Para tanto, utilizou-se um estudo da legislação, da literatura acadêmica especializada na temática, das reflexões dos estudos críticos sobre deficiência, além de relatórios produzidos pela sociedade civil e por organizações internacionais. No trabalho, examinam-se primeiramente os efeitos da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento nacional. Em seguida discutem-se modelos conceituais, a definição corrente de deficiência, além do histórico da elaboração da Convenção a partir da participação da sociedade civil. Igualmente, tenta-se compreender como o texto convencional terá um *effet utile* em sua aplicação casuística. Por fim, analisa-se como a Convenção altera o regime da curatela vigente e transforma profundamente a forma de abordar a capacidade das pessoas com deficiência no Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Constitucionalização. Curatela. Capacidade Jurídica. Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT

Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) was introduced into the Brazilian legal system with a status equivalent to a constitutional amendment in 2008, under in article 5th paragraph 3rd of the Brazilian Constitution. The treaty involved the greatest civil society participation in the history of the United Nations, providing it with an unprecedented democratic legitimacy. The CRPD enshrines the right the full legal capacity to persons with disabilities in its article 12. It upholds the supremacy of autonomy, guarantees supported decision-making, and regulates rigorously any restrictions to legal capacity. The present dissertation aims at understanding what are the impacts of constitutionalizing the right to full legal capacity through the Convention in the Brazilian legal order. For this purpose, a study of the legislation, specialized academic literature, and reflections from the Critical Disability Studies, along with reports produced by the civil society and international organizations are investigated. In the research, first, the effects of incorporating international human rights treaties into the national order are examined. Next, conceptual models of disability, the current definition, as well as the history of its elaboration in view of civil society participation are analyzed. Also, a discussion concerning the *effet utile* on concrete cases is undertaken. Lastly, it is analyzed how the Convention alters the existing guardianship system and profoundly transforms the way to approach the legal capacity of persons with disabilities in Brazil.

Keywords: International Law. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Constitutionalization. Guardianship. Legal Capacity. Supported Decision-making.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. O ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS	20
2.1 DIREITOS HUMANOS	20
2.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	26
2.3 PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 5º – EXTENSÃO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO	31
2.4 PARÁGRAFO 3º DO ARTIGO 5º – EXTENSÃO FORMAL DA CONSTITUIÇÃO	41
2.4.1 <i>Status dos tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004.....</i>	<i>42</i>
2.4.2 <i>Facultatividade da adoção do parágrafo 3º do artigo 5º</i>	<i>46</i>
2.4.3 <i>Procedimento perante o Congresso Nacional.....</i>	<i>49</i>
2.4.4 <i>Controle de constitucionalidade.....</i>	<i>51</i>
2.5 ALGUMAS SOLUÇÕES PROPOSTAS.....	53
3. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 57	57
3.1 O QUE SÃO PESSOAS COM DEFICIÊNCIA?.....	57
3.1.1 <i>Modelos de deficiência</i>	<i>59</i>
3.1.2 <i>Conceito atual adotado pela Convenção.....</i>	<i>66</i>
3.2 HISTÓRICO DA CONVENÇÃO.....	73
3.3 NADA SOBRE NÓS, SEM NÓS: SOCIEDADE CIVIL E LEGITIMIDADE	82
3.4 LUTA PELO <i>EFFET UTILE</i>	91
4. CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	101
4.1 CURATELA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	103
4.2 ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO: DIREITO À PLENA CAPACIDADE JURÍDICA	116
4.2.1 <i>Reconhecimento como pessoa perante a lei</i>	<i>118</i>
4.2.2 <i>Igualdade formal.....</i>	<i>119</i>
4.2.3 <i>Tomada de decisão apoiada</i>	<i>120</i>
4.2.4 <i>Nova regulamentação do exercício da capacidade jurídica</i>	<i>129</i>
4.2.5 <i>Direitos Patrimoniais</i>	<i>132</i>
4.3 INCONSTITUCIONALIDADE DA CURATELA NOS MOLDES ATUAIS.....	133
4.4 PROJETO DE LEI Nº 2.063 DE 2011	135
5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	143
REFERÊNCIAS.....	147
ANEXOS.....	161

·	DECRETO Nº 6.949 DE 25 DE AGOSTO DE 2009 - CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (TEXTO COMPLETO).....	161
·	PROJETO DE LEI Nº 2063 DE 2012 – TOMADA DE DECISÃO APOIADA.....	161

1. INTRODUÇÃO

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) identificou que no Brasil há aproximadamente 45,6 milhões pessoas com pelo menos um tipo de deficiência, o que equivale a 23,8 por cento da população nacional.¹ A deficiência atinge, portanto, praticamente um em cada quatro brasileiros. No mundo, a Organização das Nações Unidas (ONU) estima que haja mais de 650 milhões de pessoas com deficiência.² Uma realidade inescapável que tem ganhado um espaço progressivamente maior no debate dos círculos jurídicos e de políticas públicas.

Pessoas com deficiência são a minoria que cresce mais rapidamente a nível global. Devido ao avanço da medicina e à prolongação da expectativa de vida, um número cada vez maior de pessoas devem adquirir impedimentos decorrentes da idade avançada e potencialmente se tornarão pessoas com deficiência frente à sua interação com as barreiras na sociedade.³

Dados quantitativos recentes mostram que a deficiência desempenha um crucial papel no gozo de muitos direitos fundamentais, posto que as pessoas com deficiência possuem menos tempo de educação formal, encontram-se bastante excluídas do mercado de trabalho e dependem bastante dos aportes financeiros assistenciais.⁴ Esta realidade apresenta desafios importantes os quais a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência junto com seu Protocolo Adicional buscam

¹ IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **IBGE | Você Sabia? | Datas Comemorativas - Dia Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência**, IBGE - Você sabia?, disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/calendario-7a12/event/57-dia-internacional-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>>, acesso em: 20 ago. 2013.

² OMS, Organização Mundial de Saúde, **What is being done to improve the daily lives of people with disabilities?**, WHO, disponível em: <<http://www.who.int/features/qa/16/en/index.html>>, acesso em: 3 ago. 2013.

³ WENDELL, Susan, **The Rejected Body: Feminist Philosophical Reflections on Disability**, [s.l.]: Routledge Chapman & Hall, 1996, p. 18.

⁴ VARGAS, Faculdade Getúlio; BRASIL, Fundação Banco do, **Retratos da deficiência no Brasil**, [s.l.: s.n.], 2012.

remediar. Considera-se que “finalmente, empoderou-se a maior minoria do mundo” através de direitos tutelados internacionalmente.⁵

A Convenção surge a partir de uma intensa mobilização do movimento de pessoas com deficiência desde meados dos anos 1990. Este tratado se construiu a partir de proposições da sociedade civil, da academia e de representantes de Estado, sendo aprovada em 13 de dezembro de 2006 e entrando em vigor em dois anos depois. A presente dissertação busca estudar como a recente incorporação deste instrumento internacional ao ordenamento pátrio com status equivalente a emenda constitucional afeta a estrutura normativa infraconstitucional brasileira, em especial no que tange ao direito à plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, um dos direitos mais interessantes e controvertidos do tratado.

A plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, prevista no artigo 12 da Convenção, é um assunto pouco estudado, pouco compreendido e que mexe com a percepção dominante de que a deficiência é necessariamente incapacitante. Pensar que pessoas com deficiência, particularmente aquelas com deficiência intelectual, têm plena capacidade para os atos da vida civil, para tomar decisões conforme suas vontades, preferências e anseios ainda assusta, intriga e divide opiniões nos meios jurídico, acadêmico e no senso comum. O debate é complexo, mas já não se trata de matéria sujeita a confrontos meramente opinativos, a plena capacidade jurídica de pessoas com deficiência é um direito constitucionalizado e tem, portanto, aplicabilidade imediata por parte da Administração Pública e do Poder Judiciário.

A presente dissertação analisa os problemas inerentes à implementação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência dentro do ordenamento brasileiro no que tange à plena capacidade jurídica, prevista no artigo 12 da mesma. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado de direitos humanos a ser aprovado pelo Congresso Nacional com o status equivalente a emenda constitucional através do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, pelo procedimento legislativo disposto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, o tratado

⁵ KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip, Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1–34, 2008, p. 4.

também é o primeiro a integrar o chamado *bloc de constitutionnalité* formal e material brasileiro.

A Constituição brasileira expandiu o seu texto aos ditames desta Convenção em caráter juridicamente vinculativo e dispendo de aplicabilidade imediata. Incorporada ao ordenamento como emenda constitucional, a Convenção já não pode ser submetida ao controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista que, como emenda, “o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma.”⁶ O status constitucional coloca as disposições convencionais no mesmo patamar das demais normas constitucionais, o que tem efeitos importantes no que diz respeito à interpretação e à aplicação constitucional. Os direitos das pessoas com deficiência passam a ser direitos fundamentais e entram na dinâmica regular de sopesamento principiológico inerente aos princípios do Texto Constitucional. Sejam direitos individuais situados nas alíneas do artigo 5º ou direitos sociais do art. 6º, os direitos das pessoas com deficiência dispõem dos mesmos atributos hierárquicos para disputar prevalência no debate de contrabalanceamento.

A par de discutir as implicações quanto à hierarquia legal que envolvem a adoção dos direitos das pessoas com deficiência como direitos fundamentais constitucionalizados, a dissertação anseia tratar do aspecto mais interessante e controvertido da Convenção – o “Reconhecimento igual perante a lei” estabelecido pelo artigo 12 do instrumento. Este direito vai diretamente de encontro ao instituto da curatela previsto nos artigos 1.774 a 1.780 do atual Código Civil e da interdição nos artigos 1.177 a 1.186 do Código de Processo Civil, os quais restringem a capacidade jurídica de pessoas com deficiência, delegando-a a um terceiro – o curador.

⁶ [...] 1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. 2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas "cláusulas pétreas" poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos. (MS 24875, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-02 PP-00284 RTJ VOL-00200-03 PP-01198)

Dentre os diversos casos elencados pela legislação ordinária, não há diferença entre enfermidade – ou doença – e deficiência. As palavras são utilizadas de maneira praticamente intercambiável como se sinônimos fossem. A imprecisão conceitual indubitavelmente prejudica o processo decisório e tende a erroneamente equiparar situações diferentes, o que acaba por restringir indevidamente direitos e por abrir perigosos caminhos para uma interpretação extensiva inconvençãoal.

A Convenção traz a definição de pessoa com deficiência relacionando os impedimentos de ordem pessoal com as barreiras diversas impostas pela sociedade. O conceito ilustra uma mudança de paradigma quanto ao tratamento e à abordagem de direitos envolvendo pessoas com deficiência. Enfatiza-se um *modelo social* de deficiência, o qual percebe que essa resultaria da interação entre pessoas com impedimentos e barreiras atitudinais e ambientais que dificultam ou impossibilitam sua completa e efetiva participação no meio social em igualdade de condições com as demais pessoas.⁷ Trata-se de uma mudança de paradigma porque o “problema” não estaria centrado na pessoa com deficiência, mas no meio social, seja-o físico, urbanístico, comunicativo ou atitudinal.

Logo, propõe-se que o meio de se lidar com a interação entre pessoas com deficiência e pessoas sem deficiência não perpassaria a exclusão das primeiras ou de sua substituição por representantes ou curadores; a inclusão sugere uma mudança de visão através da qual a sociedade se adapta às exigências relacionadas à deficiência. Esta mudança de paradigma atinge diretamente a discussão sobre a plena capacidade jurídica destas pessoas.

O ditame legal que regula a curatela abre possibilidade para virtualmente qualquer pessoa com deficiência ter sua capacidade legal restrita. O art. 1.767 do Código Civil apresenta um rol taxativo de possibilidades para a aplicação da curatela. Utiliza, destarte, termos como “discernimento para os atos da vida civil”, “[...] por causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade”, “[...] sem completo desenvolvimento mental”, entre outros. Implicitamente, a lei adota critérios relacionados ao discernimento e à expressão de vontade os quais devem ser levados em conta quando da apreciação

⁷ AFAO, Australian Federation of Aids Organisations Inc., **Inquiry into access to planning options and services for people with disability**, [s.l.: s.n.], 2013.

casuística. Como garantia máxima, o art. 1.771 determina que o juiz deve ser “assistido por especialistas” e deve arguir pessoalmente o interditando.

À primeira vista, a dinâmica processual do Novo Código Civil parece razoável, provendo algumas salvaguardas para os curatelados. Contudo, a perfunctoriedade analítica não deve prevalecer. A lógica que subjaz a curatela é da substituição, da transferência e, em última instância, da completa exclusão da pessoa com deficiência da vida civil. Uma vez instaurada a curatela, a vontade do curatelado deixa de importar, tornando-o – como bem expressa a nomenclatura legal – um incapaz. A curatela não preza pelo apoio e pelo suporte à expressão de vontade da pessoa com deficiência. O curador não presta qualquer compromisso com os anseios, desejos ou recusas da pessoa com deficiência interditada. O que a sociedade e as condições físicas marcam como deficiência, a legislação civilista agrava e termina por extinguir. Elimina-se a autonomia.

A curatela, ao declarar a incapacidade civil, igualmente impede o exercício dos direitos políticos celebrados no art. 15, II da Constituição Federal.⁸ Transversalmente, a curatela abre portas para diversas violações de direitos humanos, uma vez que põe em risco o direito de acesso à justiça, direito de liberdade e segurança da pessoa, direito a uma vida independente e de inclusão na comunidade, liberdade de expressão, respeito ao lar e à família, direito ao trabalho e emprego, e participação na vida política e pública.⁹

O objetivo geral da pesquisa dissertativa será a análise da dinâmica relativa à implementação do artigo 12 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro e de seus desdobramentos nos campos jurídico, de paradigmas conceituais e de efetivação de direitos. Busca-se compreender qual o status jurídico da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência dentro do sistema constitucional brasileiro atual. De modo mais específico, almeja-se: problematizar o artigo 12 da Convenção que se refere à capacidade jurídica das pessoas com deficiência; entender as relações de antinomia existentes entre a Convenção e a legislação

⁸ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] II - incapacidade civil absoluta”.

⁹ Direitos presentes na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: direito de acesso à justiça (art. 13); direito de liberdade e segurança da pessoa (art.14), direito a uma vida independente e inclusão na comunidade (art. 19), liberdade de expressão (art. 21), respeito ao lar e à família (art. 23), direito ao trabalho e emprego (art. 27), participação na vida política e pública (art. 29).

infraconstitucional; indagar sobre os conceitos e modelos da deficiência; questionar os institutos e disposições relacionadas à capacidade civil presentes na legislação infraconstitucional brasileira, assim como projetos de reforma legislativa em tramitação no Congresso Nacional.

Os seguintes passos metodológicos foram percorridos. Primeiramente realizou-se uma ampla imersão nos referências bibliográficos documentais como a Constituição Federal de 1988, os textos preparatórios da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, relatórios oficiais disponibilizados pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, relatos da International Disability Alliance e *papers* apresentados por organizações não governamentais e centros de pesquisa universitária durante a última *Call for Papers* realizadas pelo Comitê envolvendo propostas sobre a implementação do artigo 12 da Convenção em 2012. Quanto a estes *papers* foi possível obter acesso inédito a seu conteúdo antes mesmo da publicação oficial pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos,¹⁰ através de interlocução desenvolvida pelo autor quando exercia atividades profissionais na organização.

Em seguida, debruçou-se sobre artigos acadêmicos, publicações de periódicos e relatórios produzidos pela sociedade civil. Particularmente, tomou-se os entendimentos doutrinários a respeito dos textos normativos discutidos. Um estudo da dinâmica de incorporação de tratados de direitos humanos à ordem brasileira e do entendimento dos Tribunais Superiores foi imperiosa.

Transversalmente, fez-se necessária uma alta criticidade acerca dos elementos analisados a contraposição de posicionamentos divergentes, em um exercício dialético. Este foi o terceiro passo metodológico, o qual impôs uma reanálise do material coletado, a fim de possibilitar um estudo crítico que, de fato, possa contribuir na seara acadêmica.

A partir dos passos metodológicos descritos, desenhou-se uma estrutura para a dissertação em três capítulos, a par da introdução e das considerações conclusivas. O primeiro capítulo trata da investigação a respeito de como se perfaz a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro. Estudam-

¹⁰ Até setembro de 2013 os papers referentes ao artigo 12 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência ainda não haviam sido publicados.

se os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como esses influenciam e que tipo de efeitos atribuem às normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao Brasil.

O segundo capítulo concerne especificamente à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o conceito de deficiência, os modelos conceituais existentes e as implicações jurídicas da adoção da definição atual prevista da Convenção no sistema legal brasileiro. Em seguida, examina-se como a Convenção foi construída historicamente, quais os atores que participaram de sua elaboração e aprovação, bem como se discute a legitimidade popular do texto a nível mundial, tendo em vista a intensa participação da sociedade civil. Ainda neste capítulo, discute-se a luta pelo *effet utile* das normas convencionais, realçando as obrigações estatais à luz dos direitos preceituados.

Por fim, analisa-se a capacidade jurídica das pessoas com deficiência tanto na dinâmica legislativa infraconstitucional vigente no Brasil – através da curatela, assim como a partir da perspectiva do artigo 12 da Convenção. Detalham-se cada um dos cinco incisos deste artigo e os direitos deles decorrentes. Posteriormente, argui-se a inconstitucionalidade do regime atual da curatela e os impactos deste reconhecimento para o Poder Judiciário e Legislativo pátrios. Pontua-se também projetos de alteração legislativa que têm como objeto a adaptação do sistema jurídico às exigências convencionais.

2. O ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O Estado brasileiro a partir do processo de redemocratização iniciado em meados dos anos 1980 adota uma postura de maior participação, aceitação e engajamento nos processos internacionais de discussão, formulação e incorporação de instrumentos protetivos de direitos humanos.

A Constituição Federal aprovada em 05 de outubro de 1988 trouxe um extensivo rol de direitos e garantias individuais em seu artigo 5º. Os parágrafos 2º e 3º deste artigo ver coroar um novel entendimento político-jurídico nacional no sentido de maior abertura às normas internacionais de direitos humanos. O parágrafo 2º consta nas disposições constitucionais desde 1988, já o parágrafo 3º foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o primeiro tratado de direitos humanos a ser incorporado ao ordenamento sob a égide do procedimento previsto neste último parágrafo.

A nitidez metodológica deve estar desde o princípio claramente descrita, bem como deve ser lembrada e retomada ao longo da Dissertação. Neste sentido, é imperioso deter clareza conceitual a respeito dos elementos centrais objeto desta análise. Em primeiro lugar, cabe esclarecer o entendimento acerca de direitos humanos sob o ponto de vista ontológico e jurídico, além de compreender o que se concebe como tratados internacionais de direitos humanos. Em seguida, cabe examinar os efeitos jurídicos decorrentes da incorporação destas convenções multilaterais à luz dos parágrafos do artigo 5º da Constituição.

2.1 Direitos Humanos

Embora não esteja no escopo do presente trabalho a discussão aprofundada sobre os aspectos teórico-conceituais da ampla temática dos direitos humanos, cabe

realçar alguns apontamentos acerca dos liames conceituais do tema, a fim de proporcionar clareza acerca do objeto de estudo. Não seria interessante prolongar-se demasiadamente sobre o histórico da normativa de direitos humanos, no entanto, para os fins desta dissertação, pontuamos elementos históricos de estimável relevância.

O processo de positivação de direitos se iniciou em período subsequente à revolução francesa no século XVIII com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, estendendo-se seus ditames ao restante da Europa continental no século subsequente. Em paralelo, houve a aprovação da *Bill of Rights* nos Estados Unidos e, a nível verdadeiramente multilateral, assentou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 já sob a égide da recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU). Desde então as Nações Unidas têm sido palco de debate, assinatura e depósito de numerosos instrumentos normativos envolvendo direitos humanos; dentre os mais recentes está a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Sob o ponto de vista ocidental, a normatização de direitos há sido caracterizada, inicialmente, como direitos de proteção *contra* as arbitrariedades do Estado – i.e. direitos civis e políticos. Contudo, a partir dos anos 1960, a perspectiva jurídico-humanista mudou e vem consagrando o Estado como garantidor de direitos sociais. Essa mudança de perspectiva se deveu a tensões ideológicas entre países ocidentais e, particularmente, devido ao avanço dos ideais marxistas.

Ressalta-se o caráter eminentemente *ocidental* destes instrumentos normativos. Em 1948, apenas 58 Estados compunham a arena internacional de negociações. Desde então houve o processo de independência política de inúmeras nações na Ásia e África, alargando consideravelmente o escopo multilateral. A par da cosmovisão eurocêntrica haver se somado a outras, assentadas em referenciais retóricos e discursivos diversos, a disciplina dos direitos humanos tem se mantido fortemente atrelada a fundamentos ocidentais.

Os direitos humanos do período pós-Segunda Guerra foram concebidos, antes de tudo, como aquilo que era essencial e indispensável às pessoas. Segundo Charles Malik, corredator libanês da Declaração Universal, a expressão “direitos” designaria aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidental, que não surge

e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema.¹¹ Além de se entender que tais direitos eram inerentes e estáticos, compreendia-se que eram universais. A compreensão da unidade e totalidade dos seres humanos enquanto grupo coeso submetido a determinações jurídicas unas fortaleceu a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado; o tema revelaria legítimo interesse internacional.¹²

Antônio Augusto Cançado Trindade defende que a fonte material dos direitos humanos estaria na “consciência jurídica universal, responsável em última análise [...] pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça.”¹³ O autor, que já foi presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual membro da Corte Internacional de Justiça, coloca tal entendimento frente à disciplina jurídica dos Direitos Humanos, ou seja, a consciência jurídica universal seria a fonte valorativa destes direitos. Ademais, afirma o juiz que estes direitos se referenciam “pelos princípios da *universalidade*, da *integralidade* e da *indivisibilidade* dos direitos protegidos, inerentes à pessoa humana e por conseguinte anteriores e superiores ao Estado e demais formas de organização político-social.”¹⁴

De forma similar coloca José Gomes Canotilho, “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”¹⁵, no que o mesmo denomina de dimensão jusnaturalista-universalista. Estes direitos se originariam da natureza humana e, portanto, seriam invioláveis, intemporais e universais.

Torna-se bastante árduo separar a concepção ontológica dos direitos humanos de sua formação enquanto instituto jurídico. Portanto, as posições doutrinárias tendem a ser um misto da dinâmica tal como está posta, ou seja, como um sistema de direitos universais, integrais e indivisíveis. Diferenciar “direitos humanos” do ponto de vista conceitual-ontológico do seu disciplinamento jurídico tem se mostrado uma atividade

¹¹ MALIK, Charles, Human Rights in the United Nations, **International Journal**, v. 6, p. 275, 1950.

¹² PIOVESAN, Flávia, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, **EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, v. 2, n. 1, p. 20–33, 2008, p. 20.

¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, **XXXIII Curso de Derecho Internacional**, p. 407–490, 2007, p. 412.

¹⁴ *Ibid.*, p. 413 (grifos no original).

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, Coimbra: Almedina, 2006.

complexa e, do ponto de vista de seus efeitos, pouco produtiva.

Os mesmos autores que apontam o caráter universal e atemporal dos direitos humanos, por outro lado ressaltam que os direitos humanos seriam construídos historicamente e de modo reativo a situações de injustiça vivenciadas. Cançado Trindade afirma, “Os tratados e instrumentos de proteção se desenvolveram, em suma, como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos.”¹⁶ Entende-se ainda que tais direitos se sobressaem cada vez que se volta a atenção a pessoas e grupos particularmente vulneráveis. Uma vez que direitos gerais se colocam aos seres humanos como um todo, o desenvolvimento de dispositivos de proteção de direitos busca concretizar princípios amplos de igualdade e não discriminação através de instrumentos voltados a grupos sociais específicos que sofrem violações de forma mais acentuada. Exemplos desses são as convenções sobre os direitos das crianças, das mulheres, contra o racismo e sobre pessoas com deficiência.

Evidencia-se, entretanto, a contradição entre os aspectos ontológicos e jurídicos do tema. Para Jorge Herrera Flores¹⁷, a perspectiva dos direitos humanos é impura no sentido de que os direitos humanos só podem ser bem compreendidos se visualizados a partir de uma perspectiva situada na *periferia* e quando se leva em conta os contextos histórico, social, econômico. Não se poderia falar em direitos de origem transcendental.

La visión compleja de los derechos apuesta por situarnos en la periferia. Centro sólo hay uno. Lo que no coincide con él es abandonado a la marginalidad. Periferias, sin embargo, hay muchas. En realidad todo es periferia, si aceptamos que no hay nada puro y que todo está relacionado. Una visión desde la periferia de los fenómenos nos indica que debemos dejar la percepción de «estar en un entorno», como si fuéramos algo ajeno a lo que nos rodea y que hay que dominar o reducir al centro que hemos inventado. No estamos en el entorno. «Somos el entorno». [...] La soledad del centro supone la dominación y la violencia. La pluralidad de las periferias, el diálogo y la convivencia.¹⁸

Batista, Rodrigues e Pires conceituam direitos humanos como “o conjunto de faculdades e instituições que, *em cada momento histórico*, buscam concretizar as

¹⁶ Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, p. 415–417.

¹⁷ FLORES, Joaquín Herrera, Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia, p. 49–68, 2006, p. 83–84.

¹⁸ *Ibid.*

exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas.”¹⁹ Rudolf Von Jhering soma à perspectiva histórica a ideia de construção social complexa dos direitos enquanto resultados de lutas, defendendo, “Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor, foi indispensável impô-los pela luta àqueles que não os aceitavam.”²⁰ O aspecto de mutabilidade, seria assim, basilar para compreender a construção dos direitos humanos como resultado de reivindicações políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem perante sua sociedade ou Estado.

Enquanto as reflexões de cunho historicista e construtivista são frequentemente apontadas entre os juristas, impende sublinhar o aspecto cultural predominante no tema. Assim, além da historicidade, Boaventura de Sousa Santos sobreleva que o sistema internacional tem sido caracterizado por um localismo globalizado, em que a dimensão cultural ocidental – sendo assim localizada – se impõe globalmente.²¹ O sociólogo português ressalta que, dentro da perspectiva do multiculturalismo, “todas as culturas possuem concepções de dignidade humana mas nem todas as concebem em termos de direitos humanos.”²² Há formas diversas de concepção de justiça e dignidade, contudo a caracterização disso nos termos de subjetivismo e individualismo do ser humano isoladamente é eminentemente ocidental. Santos discute ainda que a própria noção de universalismo e, conseqüentemente, de imposição intercultural também é algo característico do Ocidente, asseverando que “todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais.”²³

Um forma de lidar com estas diferentes cosmovisões seria através da adoção de uma hermenêutica diatópica, segundo propõe Santos. Essa pressupõe uma visão periférica de um metadiscurso que não estabeleça uma dicotomia demasiado rígida entre o indivíduo e a sociedade, sob o risco de submeter-se “ao individualismo possessivo, ao

¹⁹ BATISTA, Vanessa O.; RODRIGUES, Luciana B. F.; PIRES, Thula Rafaela, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, *in: Anais XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: CONPEDI, 2008, p. 4004 (itálico do autor).

²⁰ JHERING, Rudolf Von, *A Luta Pelo Direito - 24ª Ed. 202011*, 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa, Por uma concepção multicultura dos direitos humanos, *Revista Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, p. 7–34, 2001.

²² *Ibid.*, p. 122.

²³ *Ibid.*, p. 112.

narcisismo, à alienação e à anomia.”²⁴ Para desenvolver uma compreensão realmente plural impenderia utilizar-se de uma hermenêutica diatópica, a qual se baseia na ideia de que os referenciais retóricos – ou *topoi* – de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. A hermenêutica diatópica busca ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através do diálogo, nas palavras do autor, “com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside seu caráter diatópico.”²⁵

Esta hermenêutica possui extrema relevância para o debate dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Abandonar o absolutismo de uma visão de mundo centrada no indivíduo faz-se indispensável para compreender a mudança de paradigma que pressupõe o novo meta-discurso sobre a deficiência. A deficiência enquanto barreira na sociedade e enquanto aceitação da diversidade humana é fator que distancia o foco da análise de direitos humanos estritamente centrados no indivíduo e o aproxima de suas interações com o meio social.

Encarar os direitos humanos sob uma ótica multicultural é importante, sobretudo uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos aplicam-se a Estados e culturas as mais diversas. Entretanto, não se pode negar que as normas internacionais, conforme seu status jurídico atual, possuem indubitavelmente um caráter universal, ou seja, os direitos devem se aplicar integralmente em benefício de todas os serem humanos, nos Estados onde quer que estejam. Talvez a maior contribuição das reflexões sobre o multiculturalismo resida na reformulação dos meios de elaboração de tratados. Quanto mais participação de uma sociedade civil procedente de variadas nacionalidades, culturas e contextos sociais, tanto mais multiculturais e diatópicas hão de ser as convenções protetivas de direitos. Sobre esse ponto, retomar-se-á a discussão quando da análise da extensa participação da sociedade civil na elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Salienta-se ainda que não se trata de discutir os argumentos do chamado “relativismo cultural” dos direitos humanos, que defende a não aplicabilidade dos direitos humanos assegurados internacionalmente devido às diferenças culturais entre os povos. O

²⁴ *Ibid.*, p. 118.

²⁵ *Ibid.*, p. 116.

universalismo das disposições protetivas é uma realidade jurídica. A dicotomia relativismo-universalismo deve ser superada. A respeito deste embate, Santos sublinha uma provocação salutar aos atores envolvidos na produção das normas internacionais de direitos humanos; eles devem sobrelevar “tal competição [de modo a] induz [ir] as coligações transnacionais a competir por valores ou exigências máximos, e não por valores ou exigências mínimos.”²⁶

Outro importante ponto concerne à tese de integralidade dos direitos humanos. Costuma-se argumentar na doutrina jurídica a teoria gerações de direitos²⁷, a partir de uma análise da evolução histórica ocidental. Cançado Trindade caracteriza tal teoria como uma “fantasia desagregadora das chamadas gerações de direitos, historicamente incorreta e juridicamente infundada.”²⁸ Promulga-se, neste predicado, uma visão holística dos direitos humanos, prezando pela sua inter-relação e integralidade.

A conceituação e fundamentação do caráter da disciplina dos Direitos Humanos é um debate relevante, no entanto, para os fins perquiridos na presente investigação, enfatizar-se-á o rico substrato normativo e de mecanismos concretos de proteção existentes. O fundamento dos direitos humanos é importante, mas talvez o maior problema atual dos direitos humanos seja “não mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.”²⁹

2.2 Tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Partindo da perspectiva ontológica dos direitos humanos para sua vertente propriamente jurídica, cabe realçar os tratados internacionais nos quais esses estão previstos. O Ministério da Justiça, através da Secretaria para Assuntos Legislativos, em

²⁶ *Ibid.*, p. 114.

²⁷ A teoria das gerações de direitos afirma que os direitos humanos foram sendo efetivados a partir de uma analogia com o lema da Revolução Francesa. Os direitos de primeira geração seriam aqueles relacionados à liberdade, os direitos de segunda geração relacionados à igualdade e os de terceira geração relacionadas à fraternidade. Ademais, argumenta-se essa foi a sequência na qual os direitos se desenvolveram historicamente. BOBBIO, Noberto, **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - IBDH**, v. 2, n. 2, p. 14–35, 2001, p. 32.

²⁹ BOBBIO, **A era dos direitos**, p. 25.

um recente estudo adotou a seguinte definição para *tratados internacionais de direitos humanos*:

Atos internacionais que reconhecem positivamente um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade em todos os níveis, protegendo a pessoa humana, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e carregado de um inequívoco caráter cosmopolita.³⁰

Esta definição parece levar em conta tanto o caráter ontológico dos direitos humanos como uma noção eminentemente temporal e histórica ao mesmo tempo em que reconhece o caráter de aplicabilidade a todos os povos e culturas. Adotar-se-á esta definição como norteadora da análise.

Hans Kelsen ressalta que não há quaisquer matérias que, por sua natureza, sejam reservadas ao Direito doméstico ou que não sejam sujeitas ao Direito Internacional.³¹ O expoente da perspectiva juspositivista defende que o Direito Internacional pode regular todas as matérias, até assuntos tradicionalmente entendidos como puramente nacionais, como as formas de governo, nacionalidade e todo o domínio das políticas sociais.³² Não haveria deste modo, limites materiais à atividade legiferante multilateral. Na ausência de restrições materiais cabe questionar: por que tratar os direitos humanos como matérias constitucionais?

O jurista faz uma importante distinção entre “implementação do Direito Internacional pelo direito nacional” e “implementação do Direito Internacional para dentro do direito nacional”. A primeira aponta que uma matéria pode ser regulada, ao mesmo tempo, por normas internacionais e por normas nacionais, quando aquelas demandarem implementação pelo direito doméstico. Exemplos seriam na definição multilateral de que em caso de conflito armado entre Estados deve haver uma prévia declaração de guerra. Tal exigência adviria de um tratado, mas o órgão nacional

³⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Série Pensando o Direito - Direitos Humanos (publicação)*, Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos, [s.d.].

³¹ KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, [s.l.]: The Lawbook Exchange, Ltd., 1952, p. 191–192.

³² There are no matters which, by their very nature, are reserved to regulation by national law and are not susceptible of regulation by national law and are not susceptible of regulation by international law. [...] International law may regulate all matters, even such as are normally regulated by national law only and hence considered as “domestic” matters, such as the form of government, the acquisition and loss of nationality, labor problems, the whole domain of social policy etc. *Ibid.*

competente para fazer esta declaração seria determinado por normas internas. A segunda diz respeito à exigência recorrente em constituições estatais de que os órgãos do Poder Judiciário estão adstritos à legislação nacional – produzido por atividade legislativa ou por atos normativos executivos – apenas. Assim, para que as normas dispostas em tratados possam ter aplicação interna, o Direito Internacional deve ser inicialmente internalizado, ou seja, transformado em legislação nacional por meio de um ato normativo emitido por uma autoridade competente. Pode-se argumentar, por outro lado, que, de fato, não há transformação alguma, uma vez que a incorporação nos Estados de seus compromissos multilateralmente estabelecidos seria consectário lógico do Direito Internacional e, portanto, mero cumprimento de suas obrigações.³³

Tendo em vista que não haver, *a priori*, limitações quanto à matéria circunscrita à atividade legiferante internacional importa salientar que o julgamento acerca do cabimento da celebração e incorporação de tratados à ordem jurídica interna caberá ao sujeito estatal legalmente competente para tanto. No Brasil, as atividades de celebração de tratados, convenções e atos internacionais são de competência privativa do Presidente da República, conforme o artigo 84, VIII da Constituição Federal de 1988.³⁴ Na prática, as atividades de representação da República Federativa do Brasil na seara internacional se dão por meio de plenipotenciários com atribuições específicas, normalmente membros do corpo diplomático. Estes representantes atuam na proposição, discussão, redação e assinatura dos documentos negociados finais. A assinatura autentica o texto do tratado, atesta a concordância dos Estados envolvidos, além de dispor de valor político e significar que o reconhecimento das normas costumeiras tornadas convencionais.³⁵ Tratados assinados são o pontapé inicial para que haja mudança efetiva na ordem jurídica internacional.

Todavia, o mesmo Texto Constitucional determina, em seu artigo 49, I, que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.” Tal resolução se perfaz através de um Decreto Legislativo que é

³³ *Ibid.*, p. 193–195.

³⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque, **Curso de Direito Internacional Público**, 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 226–227.

tido como um veículo de aprovação de tratados no ordenamento interno. Elizabeth Höller Lee considera que não existiria criação ou introdução de direitos pelo Decreto Legislativo, senão quem o cria e o introduz é o próprio tratado internacional. Apesar de asseverar que o Poder Legislativo meramente autoriza a introdução de elementos supraestatais ao ordenamento, a ressalva de competência legislativa indica uma expressão autêntica de constitucionalismo e comedimento de poder, posto que descentraliza as prerrogativas multilaterais e prima pelo equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo.³⁶

A partir do reconhecimento interno da introdução do tratado internacional impende realizar o depósito do instrumento de ratificação junto à organização internacional ou junto ao Estado com quem se celebrou o tratado. Desta feita, a ratificação seria ato pelo qual autoridades nacionais competentes informam a seus correspondentes de outros Estados com os quais assinaram o tratado, de que o documento foi aprovado na ordem jurídica interna e encontra-se dotado de obrigatoriedade.³⁷ Uma vez depositado tal instrumento, deve-se averiguar se o tratado atingiu, no caso de tratados multilaterais, o número mínimo de ratificações para sua entrada em vigor. Para que um tratado exerça suas plenas prerrogativas a nível interno e externo fazem-se necessários a assinatura pelos plenipotenciários autorizados pelo Presidente da República, aprovação da introdução do tratado no ordenamento pelo Congresso Nacional, depósito do instrumento de ratificação no órgão competente e a entrada em vigor a nível internacional. Este procedimento é estabelecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, instituído no Brasil pelo Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

Artigo 16. Troca ou Depósito dos Instrumentos de Ratificação, Aceitação, Aprovação ou Adesão.

A não ser que o tratado disponha diversamente, os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão estabelecem o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado por ocasião:

- a) da sua troca entre os Estados contratantes;
- b) do seu depósito junto ao depositário; ou
- c) da sua notificação aos Estados contratantes ou ao depositário, se assim for convencionado.

³⁶ LEE, Elizabeth Höller, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, *Revista Âmbito Jurídico*, v. 97, n. Ano XV, 2012.

³⁷ MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 228.

A respeito de tratados internacionais de direitos, o Brasil tem atualmente uma atitude comparativamente progressista no que tange à participação em seus processos de elaboração e assinatura, notadamente desde o final da década de 1980. No final da década de 1950 e durante a década de 1960, o país ratificou algumas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Convenção sobre a Eliminação sobre Todas as Formas de Discriminação Racial em 1969.³⁸ Contudo, foi principalmente após a democratização a nível interno, a aprovação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1989, que se inaugurou uma mudança de postura quanto à incorporação de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

O país tem atuado de maneira protagonista nos processos preparatórios e dispõe de uma comissão de diplomatas excepcional na sede das Nações Unidas em Genebra. Atualmente, na Missão brasileira para a sede da ONU em Genebra, há um embaixador e outros seis diplomatas que trabalham diretamente com a temática de direitos humanos, além de mais seis diplomatas responsáveis por direitos sociais, atuando na Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Internacional do Trabalho (OIT), entre outros. Bruna Vieira de Paula, diplomata brasileira em Genebra, põe em evidência que “isso é muito em relação às outras missões em Genebra, inclusive de países europeus. Somos um dos maiores times.”³⁹ A atenção especial voltada para a atividade legiferante internacional em matérias de direitos humanos tem reverberado não somente em relação ao protagonismo diplomático no cenário internacional, com também através de uma crescente ratificação de diversos instrumentos internacionais a nível interno.⁴⁰

Em sentido contrário, Batista, Rodrigues e Pires⁴¹ sublinham que falta o Estado brasileiro ratificar a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra

³⁸ UNIVERSITY OF MINNESOTA, **Ratification of International Human Rights Treaties - Brazil**, University of Minnesota - Human Rights Library, disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/ratification-brazil.html>>, acesso em: 1 jul. 2013.

³⁹ PAULA, Bruna Vieira de, Entrevista sobre a atuação do Brasil na temática de Direitos Humanos na ONU.

⁴⁰ PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, p. 24.

⁴¹ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4010.

e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, aprovada no auge da ditadura militar no Brasil. Igualmente, critica-se a denúncia unilateral promovida pelo Poder Executivo Convenção nº 158 da OIT, que garante que o término da relação de trabalho somente se dará por causa justificada relacionada à capacidade baseada nas necessidades do funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.⁴² A qual se deu meio ao levantamento de arguição de inconstitucional no Supremo Tribunal Federal, no qual se contrapuseram sindicatos laborais e empresariais. Inobstante tais casos isolados, a política externa brasileira tem sido bastante favorável à formação multilateral de instrumentos de protetivos de direitos.

Não obstante a importância de se compreender a dinâmica de formação, desenvolvimento e incorporação das convenções de direitos humanos, faz-se imperioso analisar os efeitos jurídicos e as peculiaridades da inserção destes instrumentos internacionais no ordenamento nacional.

2.3 Parágrafo 2º do artigo 5º – Extensão material da Constituição

A materialidade constitucional está fundada em valores de alto valor social. Jürgen Habermas entende: “Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas,” determinam relações de preferência e têm um sentido teleológico de grande força social.⁴³ A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º o rol de direitos e garantias fundamentais para os seres humanos sujeitos à jurisdição brasileira. Garantiu-se a todos estes direitos a aplicabilidade direta e a possibilidade de gozo pelos sujeitos de modo imediato. Em uma análise normativa, observa-se que o Constituinte originário adotou a aplicação imediata para os direitos e garantias fundamentais. Assim dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Exige-se que todos os direitos fundamentais previstos no Texto Constitucional tivessem aplicação imediata, ou seja, a sua observância social e pelo Poder

⁴² VIEGAS, Carlos Alberto Carmo, Convenção 158 da OIT- Breves considerações sobre sua aplicabilidade e consequências - Trabalho - Âmbito Jurídico, *Revista Âmbito Jurídico*, v. XIII, n. 77, 2010.

⁴³ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade Vol. 1*, 4a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 316.

Público independeria, *a priori*, de legislação regulamentadora ou de quaisquer atos normativos porvindouros.

Ademais, o parágrafo afasta o entendimento doutrinário que defende o sentido meramente programático dos direitos fundamentais. Não seriam direitos etéreos e de concretização duvidosa, submetidos à discricionariedade e intencionalidade fungível da Administração. A fundamentalidade destes direitos e garantias constitucionais é bastante densa. Eles integram a identidade da Constituição, de modo que não se admite como legítima qualquer reforma constitucional tendente a abolir tais direitos, consoante o artigo 60, parágrafo 4º. Se não é possível suprimi-los, esses de fato compõem o conteúdo essencial do Texto Constitucional e asseguram a sua continuidade no ordenamento.⁴⁴

Enquanto o parágrafo 1º do artigo 5º garante que os direitos sejam diretamente garantidos, o parágrafo 2º expande a esfera de direitos humanos para além daqueles dispostos nos 250 artigos constitucionais.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Abre-se com este dispositivo o ordenamento pátrio para três grupos de direitos: (i) direitos expressos na Constituição; (ii) direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF; (iii) direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.⁴⁵

Valerio de Oliveira Mazzuoli aponta que a previsão do artigo 5º, parágrafo 2º é um exemplo da teoria de “vasos comunicantes” ou “cláusulas de diálogo” entre o sistema nacional e internacional de proteção de direitos. Ressalta ainda que seria absoluta *aberratio juris* entender que direitos humanos salvaguardados por tratados estejam “em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia[m] ter aplicação imediata.”⁴⁶ Não caberia vislumbrar teleologicamente dentro de nossa ordem jurídica uma estrutura que, por apelo formalista, “proteja menos o ser humano sujeito de direitos.”

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, **Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)**, n. 23, 2010.

⁴⁵ PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, p. 25.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, **REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**, v. 9, n. 12, p. 235–276, 2009, p. 267.

Cançado Trindade, em sóbria assertiva, argumenta: “não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano [...] o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros.”⁴⁷ Se há valores considerados hierarquicamente superiores aos demais, tal hierarquização há de transparecer no status normativo.

O Constituinte originário inaugurou a noção de direitos formal e materialmente fundamentais. O parágrafo 2º abriu a rigidez estrutural da Constituição para princípios e direitos não previstos expressamente em seu texto. Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra identificam que “esta dupla noção de um direito é um proeminente instrumento para auxiliar na interpretação do art. 5º, § 2º.”⁴⁸ A dicotomia material-formal permite que a Constituição, enquanto instrumento basilar da ordem jurídica, não venha a ficar fossilizada e indiferente à criação e desenvolvimento de novos direitos na sociedade. A ideia de fundamentalidade material, garante Canotilho, permite, em primeiro lugar, “a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais) ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas com assento na Constituição formal”, assim como a “aplicabilidade de aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.”⁴⁹

A noção de que haja direitos materialmente constitucionais enseja a criação do denominado *bloco de constitucionalidade*. Conforme aponta Flávia Piovesan, “por força do par. 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade.”⁵⁰ O bloco de constitucionalidade nasce na doutrina administrativa francesa a partir da noção de *bloc de legalité*, proposto no Conselho do Estado, órgão que controla os atos administrativos na França, ou seja, este bloco de legalidade permite que outras leis, para além das normas administrativas, possam ser levadas em conta na atividade decisória deste conselho.

⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, p. 31.

⁴⁸ EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, **Revista Jurídica**, v. 10, n. 90, p. 1–34, 2008, p. 15.

⁴⁹ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 349.

⁵⁰ PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, p. 27.

A Constituição vigente na França, datada de 1958, também conhecida como Constituição da V República, é bastante tímida na elevação de direitos humanos à hierarquia constitucional de forma expressa. Na realidade, o Texto Constitucional francês dispõe acerca destes direitos apenas *en passant* em seu preâmbulo:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux **Droits de l'Homme** et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. (grifo do autor)

Ana Maria D'Ávila Lopes ressalta que o Conselho Constitucional – órgão competente para o controle concentrado de constitucionalidade no país – decidiu que o preâmbulo conteria um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional.⁵¹ Em 1971, em uma decisão sobre a liberdade de associação, o Conselho Constitucional francês decidiu que a Declaração Universal dos Direitos Humanos integraria, por meio de técnica interpretativa, o seu *bloc de constitutionnalité*, e passou desde então a produzir verdadeiros efeitos jurídicos.⁵² O Conselho entendeu que a Constituição da V República não seria hierarquicamente superior a estes tratados de direitos humanos, senão que todos estariam dentro do bloco de constitucionalidade em nível paritário. Uprimny ressalta que este foi o meio encontrado pela França para conservar uma Constituição que não reconhece expressamente direitos sociais nem liberdades clássicas, ao mesmo tempo em que garantiu hierarquia constitucional a direitos pelos quais houve extensa luta social.⁵³

Muitos autores defendem a existência do bloco de constitucionalidade pela simples exegese do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.⁵⁴ Lee articula que este dispositivo constitucional seria um dos pontos de convergência entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, o qual promoveria simultaneamente uma

⁵¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila, Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário, **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 30, n. 59, p. 43–60, 2009, p. 45–46.

⁵² JAUME, Lucien, Les droits contre la loi? Une perspective sur l'histoire du libéralisme, **Vingtième Siècle. Revue d'histoire**, v. n.º 85, n. 1, p. 21–29, 2005.

⁵³ UPRIMNY, Rodrigo, El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, **Red de Escuelas Sindicales**, p. 1–35, 2005, p. 4.

⁵⁴ LOPES, Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais, p. 44; PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

internacionalização do Direito Constitucional e uma constitucionalização do Direito Internacional.⁵⁵

A adoção do bloco de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, contudo, não é consensual nem ponto pacífico na doutrina e jurisprudência, particularmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a prisão do depositário infiel, frente à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica.⁵⁶ A Corte Suprema brasileira entende lucidamente o significado do bloco de constitucionalidade e que o mesmo “reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional.”⁵⁷ Porém, este Tribunal tem se mostrado cauteloso na discussão jurídica sobre o tema e no reconhecimento jurisprudencial dos efeitos da adoção desta tese.

A extensão material da Constituição fez emanar várias correntes de entendimento sobre a incorporação de tratados de direitos humanos no Brasil. Distinguem-se, desta maneira, quatro correntes principais sobre o tema: (i) atribui-se a natureza supraconstitucional aos tratados de direitos humanos; (ii) os tratados teriam

⁵⁵ LEE, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁶ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4009.

⁵⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/ INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/ SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. - A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. - A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes.” (ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “Informativo/STF” n° 258/2002)

hierarquia constitucional; (iii) haveria uma condição de supralegalidade, acima das leis infraconstitucionais e ligeiramente abaixo da Constituição; (iv) os tratados de DDHH teriam o status jurídico das leis ordinárias.⁵⁸

A primeira corrente apoia a supraconstitucionalidade, vislumbrando assim o sistema de proteção de direitos humanos de modo precedente e superior aos ordenamentos internos. Pode-se argumentar que um dos argumentos favoráveis a este entendimento respalda-se na Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928. Esta convenção devidamente incorporada à ordem brasileira pelo Decreto nº 5.647 de 08 de janeiro de 1929 – e ainda vigente – determina em seu artigo 11:

Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.

Não obstante disponha de caráter eminentemente ligado ao Direito Internacional geral, doutrinadores internacionalistas entendem que a circunstância de universalidade e desprendimento face às mudanças jurídicas internas se torna ainda mais acentuada em se tratando de tratados de direitos humanos, uma vez que os direitos envolvidos não diriam respeito a direitos subjetivos aos Estados Partes, mas às pessoas, a quem subsiste a obrigação cogente de promoção de dignidade humana. Emerique e Guerra frisam que esta era a posição do Supremo Tribunal Federal até meados da década de 1970: primazia do Direito Internacional sobre as normas internas.⁵⁹

Em segundo lugar se coloca a vertente que considera os tratados de direitos humanos como hierarquicamente paritários à Constituição Federal. Esta corrente possivelmente seja a que tenha arregimentado mais adeptos. Flávia Piovesan assevera “os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm natureza de norma constitucional.”⁶⁰ Cançado Trindade defende que os direitos fundamentais garantidos nos tratados passam a “integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do

⁵⁸ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

⁵⁹ EMERIQUE; GUERRA, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, p. 5.

⁶⁰ PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, p. 25.

ordenamento jurídico interno.”⁶¹ Anselmo Henrique Lopes contende que “as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior,”⁶² de maneira que qualquer emenda à Constituição que negue tal presença normativa seria abolitiva de direitos e garantias fundamentais e assim haveria afronta a cláusulas pétreas.

Apesar de não majoritárias, há recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que condizem com esta segunda corrente. Particularmente, manifesta-se favorável a este entendimento o Ministro Celso de Mello. Em 2008, na discussão sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel que culminou com o reconhecimento de inconstitucionalidade da medida e a revogação expressa da Súmula nº 619 da Corte Suprema.⁶³ No julgamento da ação afirmou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto no Habeas Corpus nº 87.585/TO:

É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2º do art. 5º da Constituição da República.⁶⁴

Ressalta-se que também defenderam o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.⁶⁵ Entretanto, foram votos vencidos no debate. Ademais, em decisões de sua relatoria, o Ministro Celso de Mello vem mantendo o posicionamento no sentido de defender a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor - safe, 1997.

⁶² LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro, **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**, Jus Navigandi, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>, acesso em: 10 out. 2012.

⁶³ Súmula nº 619. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

⁶⁴ HC 87585, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-02 PP-00237.

⁶⁵ NOTÍCIAS STF, **STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia**, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>, acesso em: 10 jun. 2013.

"HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). **Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.** - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. **A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.** [...] O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 91361, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120, grifos do autor)

A par de decisões recentes e ainda escassas como o Acórdão acima, os julgadores do STF têm se mantido conservadores quanto ao reconhecimento da constitucionalidade material de tratados de direitos humanos com base no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

A terceira corrente mostra-se indubitavelmente a maior vitoriosa dentro do Supremo Tribunal Federal. Esta linha de pensamento atribui caráter *supralegal*, ligeiramente abaixo da Constituição, aos tratados de direitos humanos. Inspirada no direito comparado, o posicionamento esteia-se nas Constituições alemã, artigo 25⁶⁶, e francesa, artigo 55.⁶⁷ A tese da supralegalidade foi alavancada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP,⁶⁸ relatado pelo Ministro Cezar Peluso, afirmou, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”. O Ministro considerou, em seu voto, que reconhecer a paridade materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos poderiam afrontar a supremacia da Constituição. Não obstante, teriam um “lugar especial reservado no ordenamento jurídico.” Adotou-se, desta feita, a noção de supralegalidade; algo acima da legislação infraconstitucional ordinária e ligeiramente inferior ao Texto Constitucional. Tendo em vista a temporalidade do julgamento – i.e. ter se dado após a Emenda Constitucional nº 45/2004 –, o Ministro trabalha sua argumentação também no sentido de salutar a diferenciação do Constituinte derivado quanto a adição do parágrafo 3º ao artigo 5º, o qual será objeto de análise posterior. Em consonância com o elogio à introdução do parágrafo 3º, há se manifestado o Ministro Celso de Mello, o qual considera “altamente desejável, no entanto, *de jure constituendo*, que [...] o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos.”⁶⁹

⁶⁶ Artigo 25 [Preeminência do direito internacional] As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal. (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)

⁶⁷ Article 55. Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. (*Constitution de la Cinquième République*)

⁶⁸ RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

⁶⁹ “[...] **A ESTATURA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA DESEJÁVEL QUALIFICAÇÃO JURÍDICA A SER ATRIBUÍDA, "DE JURE CONSTITUENDO", A TAIS CONVENÇÕES CELEBRADAS PELO BRASIL.** - É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos

Anselmo H. C. Lopes alega que o ponto forte levantado pelos adeptos da tese de suprallegalidade se encontra no artigo 102, III, *b*, da Constituição Federal, o qual prevê que cabe ao Supremo Tribunal Federal “III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] *b*) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei Federal.”⁷⁰ Pondera-se que desde que seja cabível Recurso Extraordinário em caso de decisão declaratória de inconstitucionalidade de tratado, sem que a Constituição haja especificado que tipo de tratado seja, “é porque ‘quis’ ele – o Constituinte – afirmar a superioridade da Constituição em face de todas fontes internacionais de direito.” Inobstante, imaculados arrazoados deste gênero espelham-se em um formalismo exacerbado e contrário aos valores precípuos do Texto Constitucional. Confundir a posição dos parágrafos do artigo 5º com as disposições de competência processual de tribunais – que são em si apenas formalmente constitucionais – seria, no mínimo, desaconselhável. A divergência, de qualquer maneira, permanece nos Tribunais Superiores e, de modo menos acentuado, na doutrina.

Por fim, há uma quarta corrente, conquanto minoritária, que vislumbra o status de lei ordinária a todos os tratados internacionais indiscriminadamente os quais disponham ou não sobre direitos humanos. Esta corrente se firmou em 1977 na jurisprudência da Corte Suprema no período anterior à promulgação do Texto Constitucional de 1988, e permaneceu por algum tempo após a promulgação da mesma. A tese foi esboçada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE⁷¹ relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque reconheceu o status de lei ordinária a tratados internacionais de modo geral, sem diferenciá-los entre aqueles que tratam

humanos celebrados pelo Estado brasileiro. Considerações em torno desse tema. CONCESSÃO "EX OFFICIO" DA ORDEM DE "HABEAS CORPUS". - Afastada a questão prejudicial concernente à inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, cuja validade jurídico-constitucional foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, é concedida, "ex officio", ordem de "habeas corpus", para determinar, ao Tribunal de Justiça local, que prossiga no julgamento do "writ" constitucional que perante ele foi impetrado, examinando, em consequência, os demais fundamentos de defesa suscitados pelo réu, ora paciente. (HC 81319, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2002, DJ 19-08-2005 PP-00005 EMENT VOL-02201-02 PP-00186 RJSP v. 53, n. 335, 2005, p. 136-137) (grifos do autor)

⁷⁰ LOPES, A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁷¹ Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, publicado no DJ de 29.12.77.

especificamente de direitos humanos.⁷² Oportunamente, com o processo de redemocratização do país, esta corrente, insensível à materialidade constitucional, se enfraqueceu.

Em 2004, um parágrafo foi adicionado ao artigo 5º da CF/1988. Entretanto, longe de facilitar a compreensão sobre o papel jurídico desempenhado pelas normas internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro e mais longe ainda de apaziguar as contensões doutrinárias, a nova norma constitucional sobrevém em meio à percepção de insegurança jurídica e à discórdia.

2.4 Parágrafo 3º do artigo 5º – Extensão formal da Constituição

A considerável divergência envolvendo os efeitos jurídicos da aplicação do parágrafo 2º do artigo 5º, no que tange ao reconhecimento da constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos, incentivou a inclusão de um parágrafo extra no artigo 5º que atingisse a matéria no seio da Reforma do Poder Judiciário, desenvolvida no Congresso Nacional ao longo de 12 anos e culminando na Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. O Constituinte derivado introduziu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A inclusão buscou, portanto, garantir a constitucionalidade formal às normas internacionais de direitos humanos. O parágrafo 2º do artigo 5º – mantido integralmente após a EC nº 45/2004 – visava, a par de posicionamentos divergentes, o estabelecimento de uma constitucionalização material. Já o parágrafo 3º almejou a incorporação formal das normas de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade.

Imediatamente, o parágrafo provocou enorme controvérsia. Alguns avaliam positivamente a inclusão do novo parágrafo, considerando que seria uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo

⁷² BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4013.

parágrafo 2º do artigo 5º.⁷³ Contudo, a maioria dos autores tem se manifestado em sentido contrário. Cançado Trindade julga a adição constitucional “mal concebida, mal redigida e mal formulada”, entendendo que representaria “um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988.”⁷⁴

Em meio à divergência, surgiram quatro problemas centrais: (i) quanto ao status dos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à EC nº 45/2004; (ii) quanto à obrigatoriedade de adoção do procedimento do parágrafo 3º para todos os tratados de direitos humanos; (iii) quanto ao procedimento legislativo a ser adotado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal; (iv) quanto ao controle de constitucionalidade. Há, porém, interessantes propostas para solucionar satisfatoriamente os impasses ocasionados pela obra do Constituinte derivado, que também serão discutidas.

2.4.1 Status dos tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004

Primeiramente, a inovação do Constituinte derivado apenas adicionou o parágrafo 3º ao artigo 5º, sem suprimir ou alterar o parágrafo 2º. Assim, o Texto Constitucional, depois de emendado, manteve em sua redação um dispositivo garantindo a expansão material da Constituição – parágrafo 2º – e outro garantindo a expansão formal e material da Constituição – parágrafo 3º. Dúvidas prontamente se formaram no que tange à posição jurídico-hierárquica dos tratados de direitos humanos aprovados antes da EC nº 45/2004.

De um lado, contende-se que as convenções de direitos humanos anteriores a 2004 teriam de se submeter ao processo legislativo previsto para as emendas constitucionais de forma geral e assim, cumpridas as novas exigências procedimentais, passariam a gozar de plena eficácia constitucional. De outro, apoia-se que haveria uma constitucionalização automática destes tratados por meio do princípio da recepção constitucional, com base no critério da materialidade de seu conteúdo. O princípio da

⁷³ LAFER, Celso, **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**, [s.l.]: Manole, 2005.

⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI*, p. 410.

recepção material garante que uma nova Constituição – ou Constituição reformada – possa assegurar a vigência de normas constitucionais pretéritas, mantendo-lhes em vigor no ordenamento jurídico atual.⁷⁵ O argumento subjacente é que os tratados a que antes se reconhecia status de supralegalidade, com a inovação Constituinte derivada, passam definitivamente ao patamar de normas constitucionais. Batista, Rodrigues e Pires esclarecem que o Supremo Tribunal Federal ainda não apresentou clareza ou homogeneidade no seu posicionamento sobre o tema, no que caracterizam por “um dualismo moderado em relação à recepção de tratados internacionais pelos tribunais brasileiros.”⁷⁶ Já Emerique e Guerra, de modo mais incisivo, entendem que consolida-se a “compreensão de que os tratados ratificados em data anterior a promulgação da referida emenda constitucional foram recepcionados com hierarquia equivalente às normas constitucionais.”⁷⁷

Alega-se, ainda, que a constitucionalidade material dos tratados anteriores à emenda em questão não teria sido anulada pelo parágrafo 3º. Porém, haveria realmente diferenças. Mazzuoli contende que afirmar que os tratados pré-EC nº 45 dispõem de índole e nível de normas constitucionais – à luz do parágrafo 2º – não seria o mesmo equivalê-los a emendas constitucionais. Defende-se que “ser equivalente às emendas constitucionais” possui um sentido e uma conotação muito mais ampla, uma vez que seria integração formal à Constituição.⁷⁸ O autor tenta colocar em evidência uma singela distinção entre as duas modalidades de incorporação de direitos humanos ao Texto Constitucional. Há dois efeitos jurídicos, que entende Mazzuoli, advêm com os tratados ratificados conforme o parágrafo 3º e que não ocorrem com aqueles introduzidos ordinariamente.

Primeiro, enquanto para os tratados antigos há a possibilidade de denúncia por parte do Estado brasileiro, as convenções que se equivalem a emendas constitucionais não poderiam ser denunciadas. Remover direitos fundamentais do Texto Constitucional – i.e. estendido pelo parágrafo 3º do artigo 5º – é vedado pelo artigo 60, parágrafo 4º, IV da

⁷⁵ BULOS, Uadi Lammego, **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 370.

⁷⁶ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4002.

⁷⁷ EMERIQUE; GUERRA, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, p. 18.

⁷⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia, **Revista de Informação Legislativa**, v. 167, n. 42, p. 93–114, 2005, p. 111.

Constituição. Entende-se que, caso o Presidente da República decida denunciar um tratado incorporado como emenda, seu ato seria nulo e o mesmo poderá ser processado por crime de responsabilidade.

Segundo, há a possibilidade de que tratados de direitos humanos ab-roguem ou derroguem normas constitucionais garantidoras de direitos. O autor questiona, “E o que faz uma emenda? Uma emenda reforma a Constituição, para melhor ou para pior. Portanto, o detalhe que poderá passar despercebido de todos [...] é que atribuir *equivalência de emenda* [...] pode ser perigoso.”⁷⁹ Salienta-se a situação em que porventura a Constituição de 1988 seja mais benéfica em relação a determinada matéria do que a convenção ratificada. Pode acontecer de uma norma internacional ser menos protetora frente a certo direito fundamental. Mesmo que a limitação à alteração em cláusulas pétreas pelo artigo 60 da CF/1988 possa ser igualmente arguida para tais situações, ela se aplica tão somente às emendas “tendentes a abolir” e não a potencial reformulação *in pejus*. Para fins argumentativos, cita-se o caso da prisão civil do alimentante inadimplente. A Constituição admite, no artigo 5º, LXVII a prisão civil por dívida do alimentante em situação de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, no artigo 7º (7), a permissão da prisão civil, mas este “princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”⁸⁰ Percebe-se que, *in casu*, bastaria uma autorização judicial por órgão competente para decretar a prisão; não se vincula a autorização a uma fundamentação ou critérios específicos. O Texto Constitucional pátrio requer que o inadimplemento seja “voluntário e inescusável”, ou seja, trata-se de uma norma mais criteriosa e mais benéfica ao alimentante. Houvesse sido o Pacto de San José de Costa Rica aprovado pelo procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º, poder-se-ia estar diante da constitucionalização de uma norma menos benéfica.⁸¹

Os temores decorrentes da indeterminação dos efeitos jurídicos do novo procedimento de ratificação não param em uma possível *reformatio in pejus* dos direitos

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal: [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁸¹ MAZZUOLI, O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia, p. 107–108.

fundamentais. Teme-se que o novo requisito de uma maioria qualificada no Congresso Nacional para aprovação pudesse significar a negação a todas as convenções já ratificadas sobre o tema deste status jurídico privilegiado. Tal diferença de status tem efeitos potencialmente graves para a proteção de direitos. Os tratados de direitos humanos existentes antes da Emenda nº 45 subordinar-se-iam aos critérios de derrogação e ab-rogação previstos para solução de antinomias presentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,⁸² no caso de superveniência de leis meramente ordinárias que suprimam ou restrinjam direitos.⁸³ Normas de direitos humanos com categorias jurídicas distintas viriam apenas a enfraquecer a proteção de direitos e a por em risco a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Este movimento interpretativo estaria na contramão das finalidades e dos fundamentos da atual ordem constitucional.

Piovesan apresenta argumentos favoráveis à tese de reconhecimento do status constitucional às normas de tratados de DDHH prévios à EC nº 45. Em primeiro lugar, a autora preconiza que a recepção seria a única posição razoável em vista de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, particularmente posto que a Emenda nº 45 não revogou o parágrafo 2º do artigo 5º. Os preceitos orientadores da hermenêutica dos direitos humanos devem seguir a lógica e racionalidade material, que orientam a recepção constitucional. O posicionamento recepcionista seria o meio de evitar interpretações anacrônicas da ordem jurídica. Por fim, defende que “o quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’,” nada mais.⁸⁴ Este entendimento, de fato, parece ser o que deve prosperar. Seria incabível vislumbrar uma ordem jurídica com *status* distintos para normas internacionais de direitos humanos, o que poderia ter repercussões nada proveitosas no que tange à aplicabilidade imediata, à justicialidade de direitos e à primazia sobre normas infraconstitucionais menos protetivas.

⁸² Decreto-lei no 4.657, de 04 de setembro de 1942.

⁸³ GABSCH, Rodrigo d’Araujo, **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar o seu processo**, Brasília: Fundação Alexandre Gusmão - FUNAG, 2010, p. 41.

⁸⁴ PIOVESAN, A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, p. 28.

2.4.2 *Facultatividade da adoção do parágrafo 3º do artigo 5º*

O segundo ponto central de descontentamento diz respeito à obrigatoriedade de adoção do procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º para todos os tratados internacionais de direitos humanos. A submissão de tratados de direitos humanos a um procedimento específico às emendas constitucionais não seria em si um grande problema. No entanto, o núcleo verbal do parágrafo 3º do artigo 5º incita a dúvida. O texto dispõe que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *que forem* aprovados [...]” segundo o procedimento das emendas constitucionais transformar-se-ão em normas formalmente constitucionais. A locução “que forem” tem interpretação bastante problemática, uma vez que poderia implicar a ideia de que haveria facultatividade na adoção ou não deste procedimento Constituinte derivado. Caso se compreenda que o procedimento é facultativo, poder-se-ia incorrer na situação juridicamente complexa de subsistirem tratados internacionais de direitos humanos aprovados com status de emenda constitucional e outros aprovados com status de lei ordinária. Assim, pelo método de interpretação gramatical, o Constituinte derivado aparenta haver consentido a coexistência de tratados internacionais com *status* diferentes.⁸⁵ Apesar disso, vislumbrar tal incongruência levanta forte oposição. Um ordenamento que admita e preze pela primazia dos direitos fundamentais não poderia albergar tamanha incoerência.

Sublinha-se que a submissão de tratados porvindouros ao procedimento qualificado é entendida por certos juristas como obrigatória. Celso Lafer aponta que, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45, “os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionadas formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao item previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º.”⁸⁶ Emerique e Guerra, por outro lado, admitem a possibilidade jurídica de normas de direitos humanos com *status* diferentes.⁸⁷ Ressaltam que, caso o quórum qualificado não seja atingido, mas somente uma maioria simples aprová-los, os tratados de direitos

⁸⁵ LOPES, **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004.**

⁸⁶ LAFER, **A internacionalização dos direitos humanos**, p. 17.

⁸⁷ EMERIQUE; GUERRA, **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**, p. 22.

humanos serão “internalizado[s] em consonância com a compreensão defendida pela corrente da supralegalidade.” Assim, Emerique e Guerra aceitam que subsista no ordenamento normas de direitos humanos com status de norma constitucional e status de norma supralegal. De modo semelhante se manifesta Rodrigo d’Araujo Gabsch, “o novo dispositivo não obriga o Poder Legislativo a adotar este processo para os acordos de direitos humanos que lhe venham a ser submetidos; apenas o autoriza a fazê-lo.”⁸⁸

Esse entendimento é veementemente rechaçado por Cançado Trindade. O magistrado contende que o parágrafo 3º, bem como os adeptos à categorização hierárquica plural, manifesta um “retrocesso provinciano [que] põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país [...], ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo.”

Embora a interpretação gramatical seja legítima, a hermenêutica jurídica fornece outras ferramentas interpretativas valiosas. O arcabouço de relações jurídicas e finalidades sociais atualmente cingidas pela ordem constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro impende-se a superação dos exegetas. Glauco Magalhães Filho preleciona que é possível adotar-se outras modalidades interpretativas para normas jurídicas. Notadamente, salienta-se que a tese de inexistência de *stati* díspares para tratados de direitos humanos se baseia nas: interpretação lógica, seja pela pesquisa de sentido à luz de quaisquer elementos exteriores, seja pela compatibilização com a vontade do legislador; interpretação sistemática, que interpreta a norma à luz das demais normas e dos princípios do ordenamento; e interpretação teleológica, a partir do fim ou vantagem social a que se destina a norma.⁸⁹ Tal veia interpretativa tem sido adotada por Tribunais Superiores, como no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *in casu*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL [...] EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES. 1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil. 2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade.

⁸⁸ GABSCH, **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar o seu processo**, p. 106.

⁸⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, **Hermenêutica Clássica Jurídica**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Dívida garantida, também, por bem imóvel. 3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu modificações substanciais na nova Carta Magna. 4. § 1º, do art. 5º, da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. 5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que: - a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte; - b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica; - c) **o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Ora, apesar de à época o referido acto ter sido aprovado com quorum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional;** - d) não se pode escantear que o § 1º supra determina, peremptoriamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte; - e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa; - f) **a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92 não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º).** [...] 8. Recurso em habeas corpus provido para conceder a ordem. RHC 200502114587/RS, Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 09/05/2006. PG:00249 LEXSTJ VOL.:00215 PG:00277, grifos do autor)

Posicionar-se pela recepção constitucional dos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 realmente parece ser a postura mais acertada para a salvaguarda dos direitos fundamentais já previstos nos 250 artigos do Texto Constitucional, nas numerosas normas de tratados já incorporados à ordem jurídica brasileira e nas tantas mais quantas sobrevierem através de futuras convenções internacionais. Quanto aos tratados prospectivos, também em vista dos princípios

constitucionais humanistas basilares, deve-se rejeitar a discricionariedade do Congresso Nacional em apreciar tratados de direitos humanos conforme qualquer outro procedimento o qual não seja o de emenda constitucional.

2.4.3 Procedimento perante o Congresso Nacional

Terceiro na lista de questões problemáticas estão os procedimentos internos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Como seria o procedimento para análise de tratados de direitos humanos dentro das Casas Legislativas? Quem seria responsável pela definição se uma determinada convenção é de direitos humanos ou não – seria esta uma atribuição do Presidente da República ou do Congresso?

Há projetos de resolução em discussão tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados que visam regulamentar o procedimento de tramitação e análise substancial da matéria. No Senado, tramita o Projeto de Resolução PRS nº 29 de 2008,⁹⁰ o qual propõe alteração do seu Regimento Interno para estabelecer rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos. Entre os elementos que merecem destaque realça-se a inclusão do Art. 376-A, III, que confia à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania a competência de avaliar a pertinência de se adotar o procedimento do parágrafo 3º. A norma proposta prescreve que esta Comissão “se pronunciará [...] sobre a pertinência em equivaler o tratado ou convenção à emenda constitucional.” O projeto permite ainda a aprovação dos tratados como leis ordinárias em caso de não atingimento da maioria qualificada. Este método resolveria a controvérsia sobre a facultatividade da adoção do procedimento do parágrafo 3º, contudo tal resolução seria bastante maléfica à coerência e harmonia do ordenamento. O projeto de resolução ainda se encontra em tramitação desde o dia 13 de outubro de 2011 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Na Câmara, havia o Projeto de Resolução PRC nº 204 de 2005.⁹¹ Este projeto também alterava o Regimento Interno da Casa, prevendo a criação de uma Comissão

⁹⁰ PRS - Projeto de Resolução do Senado n. 29 de 2008 - Regimento Interno do Senado Federal para estabelecer rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos.

⁹¹ PRC Projeto de Resolução da Câmara de Deputados n 204/2005 - Altera o Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispondo sobre o rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

Especial para avaliação se o tratado seria ou não de direitos humanos. Dispunha ainda que, se não atingida a maioria qualificada, o tratado poderia ser aprovado na modalidade ordinária de ratificação com maioria simples. Propunha ainda que os tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à EC nº 45/2004 também poderiam ser submetidos a procedimento de aprovação para equivalência a emendas constitucionais. O projeto de resolução asseverava que o Presidente da República, quando do envio da mensagem presidencial, “poderá requerer sua equivalência à emenda constitucional.” Esta tentativa regulamentadora trazia as mesmas falhas do projeto discutido no Senado, mas clareava alguns entendimentos a respeito de competência. De toda forma, este projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2011 com base no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara, o qual prevê o arquivamento *ex officio* de proposições que tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação ao final da legislatura.

Percebe-se que os projetos de regulamentação procedimental, bem mais do que elencar o passo a passo institucional de tramitação, entraram na seara polêmica no meio jurídico especializado. Presumem como acertada a duplicidade de *stati* normativo para tratados de direitos humanos, assim como implicitamente rechaçam a tese de recepção constitucional das convenções ratificadas em período precedente à EC nº 45/2004, autorizando a reapreciação destes instrumentos internacionais já incorporados ao ordenamento. Já quanto à competência para determinação se o tratado é ou não de direitos humanos parece se assumir que a mesma estaria compartilhada entre o Presidente da República, através de sua mensagem de envio do tratado, e as comissões de exame constitucional internas nas Casas Legislativas. Entretanto, nenhum dos projetos de resolução foi aprovado nem se encontra em vigor. A polêmica persiste.

Elaine Marinho Faria avalia que a incerteza sobre a atribuição conceitual sobre o conteúdo de direitos fundamentais da convenção a ser submetida ao procedimento do parágrafo 3º pode vir a mostrar-se bastante problemática. Caso venha a ser o Congresso Nacional o ente encarregado de tal juízo, é possível que persistam entraves, não apenas temporais, como também de negociações políticas e debates infrutíferos em morosas comissões internas. Outrossim, a autora tem uma perspectiva pessimista sobre futuros tratados. Faria acreditar que a maioria de três quintos dos

membros das duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, demandará maior mobilização do Legislativo e, provavelmente “o número de tratados internalizados com *quórum* especial será nulo ou, na melhor das hipóteses, mínimo.”⁹² Permanece incerto quando exatamente a matéria estará formalmente regulamentada no Congresso Nacional. Além do que haverá, inevitavelmente, pendências sujeitas ao exame de constitucionalidade concentrado. Enquanto não sobrevierem diplomas normativos e entendimentos pacíficos, as questões aqui levantadas continuarão em aberto.

2.4.4 Controle de constitucionalidade

O último dos pontos concerne ao controle de constitucionalidade dos atos normativos notadamente à luz da admissão de normas de direitos humanos com *status* distintos – um constitucional e um infraconstitucional – no Brasil. Atualmente, no campo do juridicamente aceito pelas Cortes Superiores, os tratados de direitos humanos podem ser aprovados: (i) como emendas constitucionais, passando a integrar formalmente e, para todos os efeitos, parte integral da Constituição; (ii) como tratados internacionais comuns, ou seja, através do procedimento de leis ordinárias, passando a ter *status* supralegal, segundo entendimento corrente do Supremo Tribunal Federal.

A forma de aprovação tem efeitos tangíveis para o controle de constitucionalidade deste corpo de normas. Mazzuoli alega que os tratados aprovados como leis ordinárias – sem a maioria qualificada – com *status* de norma apenas materialmente constitucional serão parâmetro do controle somente *difuso* de convencionalidade. Para aqueles aprovados como emendas à Constituição pela sistemática do parágrafo 3º, tais tratados servirão também de parâmetro do controle *concentrado* de convencionalidade, mantendo-se obviamente suas prerrogativas para o controle difuso.⁹³

A possibilidade de direitos humanos internacionalmente protegidos compõem o padrão de controle concentrado de constitucionalidade se apresenta como,

⁹² FARIA, Elaine Marinho, **Os Efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos**, Monografia na Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Câmara dos Deputados. Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento. Programa de Pós-Graduação, Brasília, 2009, p. 57–58.

⁹³ MAZZUOLI, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, p. 271.

de fato, uma grande e salutar inovação no sistema jurídico brasileiro. Agora, a análise de regras e princípios constitucionais não se dá apenas “a partir da sua inadequação à Constituição codificada, mas também ao conjunto de normas materialmente constitucionais.”⁹⁴

Em vista da consolidada tese de suprallegalidade dos tratados de direitos humanos pela Corte Suprema e da teoria de constitucionalidade material, deve-se compreender que além do hodierno controle de constitucionalidade, deve ainda existir um *controle de convencionalidade*. Este mecanismo se encarregaria da compatibilização da produção normativa brasileira com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país. Ferrajoli explica que para entender o novo paradigma de controle impende vislumbrar que há dimensões da regularidade normativa: a vigência ou existência, referente à *forma* dos atos normativos e que vincula-se à consonância com o seu procedimento formal de criação; e a validade propriamente dita, que nas ordens constitucionais diz respeito à constitucionalidade e convencionalidade, concernente ao *significado ou conteúdo* das normas, dependendo da congruência com as normas substanciais sobre sua produção.⁹⁵

Mazzuoli concebe este novo paradigma através da “teoria da dupla compatibilidade vertical material”. A compatibilidade seria *dupla* porque trata da Constituição em si, codificada e estendida, e dos tratados internacionais de direitos humanos. Seria *vertical material* porque tanto a CF/88 como os tratados internacionais seriam hierarquicamente superiores às leis infraconstitucionais – a primeira por status constitucional e a segunda por status suprallegal. Portanto, a condição de *validade* dos atos normativos – nos termos propostos por Ferrajoli – submete-se a dois parâmetros de controle, ainda que vigente do ponto de vista meramente formalista.⁹⁶ Canotilho também parece mostrar-se inclinado a concordar com a teoria.

Todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição. Significa isto que os atos legislativos e restantes atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o escalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos atos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: 1) o parâmetro constitucional

⁹⁴ LOPES, Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais, p. 53.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías: la ley del más débil**, Madrid: Trotta, 1999.

⁹⁶ MAZZUOLI, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, p. 235–238.

equivale à Constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da Constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); 2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos nas leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.⁹⁷

Este novo modelo de controle de constitucionalidade, sem dúvida, não é aquele almejado pelos adeptos da constitucionalidade material estendida a normas multilaterais inaugurada pelo parágrafo 2º do artigo 5º da CF/1988. Os tratados não compõem o bloco de constitucionalidade nos salutares moldes franceses. Não obstante, a tese da dupla compatibilidade vertical material aproxima-se de uma proteção mais enérgica da dignidade da pessoa humana e dos princípios basilares da ordem jurídica pátria.

2.5 Algumas soluções propostas

A problemática jurídica envolvendo a introdução do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição tomou considerável corpo e permeia críticas de vários juristas. A Suprema Corte tergiversa entre concepções progressistas e conservadoras comumente em atendimento a prerrogativas legais de cunho e não na materialidade da proteção de direitos tal como roga o Texto Constitucional. A doutrina, o Direito Comparado e o texto mesmo da Constituição já fornecem substratos jurídico-hermenêuticos suficientes para sanar a infrutífera diferenciação de *stati* entre as normas internacionais de direitos humanos. Talvez, a que questão se resume não a um problema de direito, “mas sim de vontade, e, para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade”, conforme prega Cançado Trindade.⁹⁸ Uma mentalidade focada na substância e no maior alcance possível para normas garantidoras de direitos deve ser pensada, sobretudo, junto a membros do Poder Judiciário.

⁹⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 811–812.

⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, p. 32.

O parágrafo 2º do artigo 5º apresentou um texto prescritivo extremamente amplo e aberto. Ele garante que os direitos previstos na CF/1988 “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais.” Com esta redação, as Cortes Superiores poderiam adotar interpretações extremamente benéficas à proteção de direitos humanos no país. Trata-se de uma disposição ampla, de interpretação clara e finalidade absolutamente condizentes com os objetivos do Estado Democrático de Direito; a ela não caberiam emendas, alterações ou incertezas. Buscar referências em ordenamentos estrangeiros se mostra como ferramenta útil mas, de fato, desnecessária. O parágrafo 2º abrange princípios, regimes e disposições normativas de tratados internacionais e completa a unidade do sistema jurídico em prol dos direitos fundamentais. Este dispositivo é uma cláusula de abertura que admite a inserção de direitos fundamentais não tipificados pela Constituição.⁹⁹

Mudar a mentalidade e o olhar hermenêutico torna-se imperativo para garantir o ideal monista de que os ordenamentos interno e internacional constituem um todo harmônico, apontam na mesma direção e formam um ordenamento jurídico integral de proteção.¹⁰⁰ A opinião de Cançado Trindade parece bastante acertada: “O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver, claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de lhe dar aplicação direta.”¹⁰¹

Outro elemento argumentativo que deve ser posto em evidência é o princípio da norma mais benéfica ao ser humano. Este princípio garante que prevaleça no caso concreto a norma que mais garanta direitos, seja ela interna ou internacional. Neste sentido, se colocam Emerique e Guerra¹⁰², Celso de Albuquerque Duvivier Mello¹⁰³ e Valerio de Oliveira Mazzuoli.¹⁰⁴ Ademais, o princípio da proibição do retrocesso também deve ser primado.

⁹⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, **Série Pensando o Direito - Direitos Humanos (integral)**, Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos, [s.d.], p. 44.

¹⁰⁰ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4007.

¹⁰¹ CANÇADO TRINDADE, Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, p. 31.

¹⁰² EMERIQUE; GUERRA, A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, p. 23;25.

¹⁰³ MELLO, **Curso de Direito Internacional Público**.

¹⁰⁴ MAZZUOLI, O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia, p. 111-112.

Por fim, há igualmente propostas de novas emendas à Constituição para que se garanta a perfeita aplicação do artigo 5º, parágrafo 2º. Mazzuoli advoga que deva se assegurar uma interpretação autêntica deste dispositivo pela inclusão de um parágrafo no artigo 5º que talvez viesse a ser o “Art. 5º, § 2º-A”:¹⁰⁵

Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.

A Presidência da República, por outro lado, através da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça propôs, em um recente relatório publicado em 2012, a proposta de emenda à Constituição (PEC) que busca sanar as possíveis incoerências discutidas supra. A redação proposta transcreve *ipsi literis* todas as convenções de direitos humanos ratificadas pelo Brasil em período anterior à inserção o parágrafo 3º, assegurando-lhes hierarquia normativa constitucional. Além disso, o texto aborda a problemática da reforma *in pejus*, impondo que tanto os tratados antigos precedentes como os prospectivos “não derrogam norma de direito fundamental desta Constituição quando sejam mais restritivos.” *In verbis*:¹⁰⁶

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 60, § 3º da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O artigo 5º, § 3º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º [...] § 3º. A Declaração Universal de Direitos Humanos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) têm hierarquia constitucional e não derrogam norma de direito fundamental desta Constituição quando sejam mais restritivos. Os demais tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas

¹⁰⁵ O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, p. 111–112.

¹⁰⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Série Pensando o Direito - Direitos Humanos (integral)*, p. 42.

constitucionais.”

Art. 2o Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Indubitavelmente, as inovações propostas poderão desenvolver um papel útil no saneamento dos problemas apontados e devem ser seriamente consideradas pelo Constituinte derivado. Todavia, o sistema atual convive com as contradições expostas, impende entendê-las para poder bem assimilar os efeitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a primeira a ser aprovada com o quórum qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal.

3. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Por que celebrar um Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? Neste capítulo, buscar-se-á entender as razões e os fundamentos que sobrelevaram a adoção de um tratado internacional de direitos humanos específico sobre as pessoas com deficiência. Inicialmente, analisar-se-ão os modelos conceituais desenvolvidos acerca do fenômeno, conceito de deficiência e as mudanças apresentadas com a adoção da conceituação mais recente. Examinar-se-ão as particularidades do processo de proposição, debate, elaboração e aprovação da Convenção no âmbito das Nações Unidas, assim como no ordenamento brasileiro. Em seguida, analisar-se-á o papel da participação da sociedade civil no processo de construção da Convenção e discutir-se-á a perspectiva de legitimidade democrática da Convenção. Por fim, examina-se nova dimensão jurídica que o instrumento impôs aos Estados Partes e os fatores que incorpora com finalidade de garantir um *effet utile* às suas provisões.

3.1 O que são pessoas com deficiência?

A deficiência sempre fez parte da diversidade humana. Não se trata de um fenômeno recente, geograficamente limitado ou de ocorrência restrita. Todas as sociedades convivem de algum modo com a deficiência, seja rejeitando-a, seja buscando exterminá-la, ignorando-a, tratando-a, aceitando-a ou interagindo com ela de diversas maneiras. Inobstante, identifica-se que comumente se enxerga as pessoas com deficiência através de uma lente de inferioridade e, não raro, com um sentimento de pena. Há uma forte tendência de tratar a deficiência como uma “síndrome de coitadinho.”

Allan H. Macurdy relata que as pessoas em geral podem se sentir desconfortáveis na presença de um indivíduo com deficiência não simplesmente porque esta pessoa pareça diferente, mas porque haveria uma aversão em pensar sobre como sofrida deve ser a vida deste pessoa e como seria sofrida sua própria vida caso possuísse

uma deficiência similar. Implicitamente, presume-se que a vida das pessoas com deficiência deve ser triste e insuportável. A ideia de tragédia vinculada à deficiência parece limitar a percepção das pessoas *sem* deficiência. Prefere-se evitar o contato do que interagir e lidar com estas pessoas em um patamar de igualdade. O pensamento subjacente normalmente se ilustra com a assertiva “eu preferiria morrer do que viver assim,” principalmente quando as deficiências decorrem de acidentes ou de patologias adquiridas.

Contato com a deficiência manifesta, além do sentimento de pena, mecanismos psicológicos protetivos. Sinteticamente, entende Marcurdy que as pessoas em geral não querem contato com pessoas com deficiência porque temem que uma deficiência similar lhes possa sobrevir. Há o medo de se reconhecer a dor do outro e imaginar as dificuldades e injustiças que estas pessoas devem ter de suportar.¹⁰⁷ Arlene S. Kanter aponta, em estudos relacionados com os profissionais que atuam no atendimento a pessoas com deficiência, que a maioria daqueles que trabalham com cegos, surdos, autistas, e pessoas com deficiência física e/ou intelectual veem a deficiência de seus clientes ou pacientes como uma grande tragédia pessoal.¹⁰⁸

A percepção trágica também é evidente em um estudo sobre pessoas com lesão da medula espinhal, discutido por Gerhart, Koziol-McLain, Lowenstein e Whiteneck. Dos pacientes com deficiência entrevistados, 86 por cento deles afirmaram que a sua qualidade de vida no futuro seria mediana ou melhor do que a média quando em comparação à população em geral. Contudo, dos médicos de reabilitação, enfermeiras, e técnicos que tratavam deles, apenas 17 por cento compartilhavam a mesma percepção. No mesmo estudo, desta vez analisando profissionais dos serviços de emergência médica, apenas 18 por cento consideraram que ficariam felizes de continuar vivos se adquirissem paralisia decorrente de um acidente. Por outro lado, 92 por cento dos tetraplégicos relataram estar felizes de permanecerem vivos.¹⁰⁹ O sentido de sofrimento e tragédia aparenta ser bem maior entre as pessoas sem deficiência do que

¹⁰⁷ MACURDY, Allan H., Disability Ideology and the Law School Curriculum, **Boston University Public Interest Law Journal**, v. 4, p. 443, 1994, p. 450–451.

¹⁰⁸ KANTER, Arlene S., **The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011, p. 412.

¹⁰⁹ GERHART, Kenneth A. *et al*, Quality of Life Following Spinal Cord Injury: Knowledge and Attitudes of Emergency Care Providers, **Annals of Emergency Medicine**, v. 23, n. 4, p. 807–812, 1994.

entre as pessoas com deficiência. A compreensão fenomenológica parece estar eivada de subjetivismo e relatividade quanto ao sujeito observador. Deficiência enquanto tragédia não seria, deste modo, uma realidade objetiva mas uma representação social.

Diferentes formas de visualizar o fenômeno da deficiência se alteram ao longo da história, entre as culturas e dentro de uma mesma sociedade. Johnson afirma que a deficiência é “um julgamento moral ou político, que não se baseia em nada sobre o indivíduo em questão, mas na percepção do observador e nas atitudes sobre a maneira como a sociedade deve funcionar.”¹¹⁰ Neste sentido, presume-se que a deficiência é uma manifestação subjetiva, caracterizando-se por um conteúdo variável ao longo do tempo, entre culturas diversas e dentro de uma mesma sociedade. O campo de conhecimento conhecido como Estudos da Deficiência – *Disability Studies* – costuma analisar o fenômeno de acordo com alguns modelos discursivos. Arlene S. Kanter divide o entendimento que se tem sobre a deficiência em quatro modelos conceituais distintos: (i) modelo médico ou individual, (ii) modelo social, (iii) modelo das minorias e (iv) modelo cultural ou estatal.¹¹¹

3.1.1 Modelos de deficiência

O primeiro modelo enfatiza o indivíduo e suas limitações tomadas sob o ponto de vista médico. Em 1980, a Organização Mundial de Saúde (OMS) elaborou a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens: um Manual de Classificação das Consequências das Doenças.¹¹² Através deste documento, determinou-se a nível multilateral uma diferença entre os conceitos de deficiência, incapacidade, e desvantagens.¹¹³ Segundo a classificação proposta, *deficiência* seria a “perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente.” Assim, deficiência, segundo este sentido estrito, seria a apresentação orgânica de um estado patológico de vida ou perturbações orgânicas. Um

¹¹⁰ JOHNSON, Mary, **Make Them Go Away: Clint Eastwood, Christopher Reeve and the Case Against Disability Rights**, 1. ed. [s.l.]: The Advocate Press, Inc., 2003, p. 46.

¹¹¹ Adota-se a nomenclatura “modelo estatal” quanto ao “modelo cultural” proposto por Arlene S. Kanter para fins didáticos.

¹¹² OMS, Organização Mundial de Saúde, *Classificação Internacional de deficiências, incapacidades e desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças (CIF)*, 2003.

¹¹³ Em inglês: *impairment* é a deficiência, *disability* a incapacidade e *handicap* a desvantagem.

exemplo seria a perda de um membro, órgão, ou estrutura do corpo, bem como de funções mentais. A *incapacidade* seria a “restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano.” Essa somente se apresentaria como a manifestação direta de uma *deficiência* nos termos anteriormente propostos, ou seja, incapacidade se caracterizaria pelas limitações na vida do indivíduo, em suas atividades e comportamentos essenciais diários. Já *desvantagem* seria o “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.” Este elemento leva em conta as expectativas de realização do indivíduo e do seu grupo social quanto à sua capacidade.¹¹⁴ A diferenciação proposta insinua que uma pessoa pode ter uma deficiência sem incapacidade, uma incapacidade sem desvantagem ou uma desvantagem sem incapacidade ou deficiência.¹¹⁵

Estes três conceitos entretanto não esclarecem a diferenciação temática entre meras doenças ou limitações ocasionais e pessoas com limitações de longo prazo. Ao abranger no conceito de deficiência perdas “temporárias ou permanentes” a CIF incluiu no mesmo grupo pessoas que quebraram um braço e precisam de gesso por poucos meses e pessoas cegas. Caso se tenha uma visão ampla das deficiências e incapacidades como indicada supra, não será difícil concluir-se que a maioria das pessoas experimentará algum forma de incapacidade ao longo de sua vida.¹¹⁶ Tal amplitude exacerbada acaba por desprover de sentido o conceito deficiência, removendo-lhe o merecimento de atenção jurídica específica e para a adoção de políticas públicas peculiares. Tal abordagem médica, apesar de, em teoria, ser ampla e englobante, denota uma tendência ao tratamento e à superação das “limitações individuais”. Seja em relação a alguém com um braço quebrado, seja uma pessoa com deficiência motora nos membros inferiores; o olhar médico se centra invariavelmente no indivíduo. Esse deve ser mudado, “reabilitado” ou “curado” para se enquadrar na sociedade.¹¹⁷

¹¹⁴ AMIRALIAN, Maria LT *et al*, Conceituando deficiência, **Revista de Saúde Pública**, v. 34, n. 1, p. 97–103, 2000, p. 98.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 100–101.

¹¹⁶ CRPG, Centro de Reabilitação Profissional de Gaia; ISCTE, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, **Mais Qualidade de Vida para as Pessoas com Deficiências e Incapacidades – Uma Estratégia para Portugal**, Vila Nova de Gaia: Centro de Reabilitação Profissional de Gaia, 2007, p. 65.

¹¹⁷ KANTER, **The Law**, p. 420.

Esta classificação médica já tem implicação prática na realidade brasileira. Em Ribeirão Preto, por exemplo, utiliza-se o conceito de desvantagem como critério para a concessão de benefícios sociais, através da Lei Municipal nº 449/1995, a qual prevê que “somente será reconhecida como pessoa com deficiência o cidadão que possuir comprometimento em caráter permanente, de pelo menos um dos itens relacionados ao seu papel de sobrevivência, mesmo após toda correção ou auxílio possível.”¹¹⁸ Concessão de benefícios sociais e o gozo de certos direitos são baseados em alguma forma de definição acerca do fenômeno da deficiência, assim adotar uma conceituação que melhor corresponda aos anseios de dignidade humana é imperioso.

O foco conceitual médico trata, ainda que implicitamente, da aflição ocasionada pela deficiência ou incapacidade e da cura, tratamento, cuidado e proteção destinados a mudar a pessoa para que ela possa ser assimilada à suposta “normalidade” social. Esta maneira de vislumbrar o fenômeno é conhecido como o modelo médico, o qual tem sido inquestionavelmente a “conceituação de deficiência com maior força e influência na história moderna.”¹¹⁹ O modelo médico é por vezes também chamado de *modelo individual*, uma vez que se centra no indivíduo e em suas limitações. Mike Oliver caracteriza-o também como a “teoria da tragédia pessoal da deficiência.”¹²⁰ Perceber a deficiência em termos de piedade e compadecimento dá ensejo a outros elementos psicológicos envolvidos nas relações sociais com pessoas com deficiência, notadamente a criação e reprodução de estereótipos e preconceitos, os quais, *ultima ratio*, fundamentam práticas de discriminação.

Não obstante, Tom Shakespeare ressalta que categorizar certas abordagens como “modelos médicos” pode perpassar uma argumentação falaciosa que pode sugerir que a medicina é indesejável. Assim, não se pode ter uma visão distorcida e exagerada do que representa a medicina na relação com deficiência. Argumenta o autor que seria tolice ignorar as valiosas contribuições para o entendimento da deficiência desenvolvidas a partir destas perspectivas. Ressalta, por fim, que não seria a medicina em si, mas a medicalização inapropriada que estaria na raiz do problema.¹²¹ A medicalização

¹¹⁸ AMIRALIAN *et al*, Conceituando deficiência, p. 102.

¹¹⁹ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 5.

¹²⁰ OLIVER, Mike, *The individual and social models of disability*, in: , Leeds: [s.n.], 1990.

¹²¹ SHAKESPEARE, T., *Debating disability*, **Journal of Medical Ethics**, v. 34, n. 1, p. 11–14, 2008, p. 11.

inadequada para corrigir humanos “defeituosos” se manifesta historicamente através de práticas eugênicas a partir do começo do século XX. Diversas leis começaram, por exemplo, a regularizar a esterilização forçada de pessoas com deficiência. Em 1928 a Corte Suprema dos Estados Unidos considerou esta prática constitucional no país e, em 1941, 33 estados estadunidenses já dispunham de legislação endossando políticas de esterilização forçada.¹²² Embora a aceitabilidade desta prática tenha diminuído muito desde então, a prática ainda persiste em muitos países.

Em contraposição ao modelo médico-individual, surgiu o chamado *modelo social* a partir de meados dos anos 1960 no Reino Unido.¹²³ Atribui-se à deficiência a característica de ser uma construção social parte da experiência humana. Não se nega a existência da deficiência nem a existência das incapacidades, desvantagens, dores ou necessidades de tratamento e reabilitação. Porém, este modelo enxerga o significado social da deficiência, não nas limitações pessoais de cada indivíduo, mas na opressão e exclusão social. Concebe-se as pessoas com deficiência como pessoas limitadas por barreiras sociais, legais, ambientais e atitudinais criadas pela sociedade.¹²⁴ O “problema” da deficiência se encontraria muito mais nas barreiras da sociedade do que no indivíduo. Propõe-se uma reinterpretação do conceito de deficiência como uma forma de opressão social e coloca-o em uma dimensão valorativamente positiva da diversidade humana, rechaçando-se a lógica de pena e compadecimento.¹²⁵

Ademais de ser um modelo conceitual, a perspectiva social da deficiência seria também uma estratégia de ativismo e militância para promoção de mudanças políticas e sociais. Trata-se da ideologia dominante no discurso dos movimentos sociais de luta pelos direitos das pessoas com deficiência, pela remoção de barreiras e pela inclusão. Foca-se, deste modo, na “deficiência como um relacionamento entre pessoas com deficiência e uma sociedade discriminatória.”¹²⁶

Estas ideias compõem uma concepção de construtivismo social. Um dos expoentes da Psicologia Social, Kenneth Gergen, propõe que abordemos o mundo de

¹²² KANTER, *The Law*, p. 120; HOLMES, *Buck v. Bell* (HOLMES, J., Opinion of the Court).

¹²³ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 653.

¹²⁴ KANTER, *The Law*, p. 428; 414–415.

¹²⁵ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 653.

¹²⁶ SHAKESPEARE, Tom, *Disability, Identity and Difference*, in: **Exploring the Divide: Illness and Disability (Chapter 6)**, [s.l.]: Disability Press, 1996, p. 97.

formas diferentes e esta diferença estaria enraizada em nossas relações sociais. Problemas não existiriam no mundo como fatos independentes; nós é que construiríamos “mundos” daquilo que é bom ou ruim. Problemas poderiam ser considerados oportunidades se olhados por outro ângulo.¹²⁷ Desta feita, a percepção médica e o cientificismo biológico seriam somente uma das formas de cognição da realidade a respeito das pessoas com deficiência. Marilena Chauí questiona que o ideal científico tem se tornado a razão instrumental dominante na sociedade através da ideologia falaciosa de que existiria uma neutralidade científica. Subentende-se, tendo como base a plataforma cognitiva do construtivismo social, que nada é neutro; o observador define o que é realidade a partir de sua própria visão.¹²⁸ O saber científico fundar-se-ia em pressupostos ideológicos e em uma forma de ver e entender os fenômenos naturais e sociais. Até mesmo a distinção entre o que seria natural e o que seria social partiria de uma perspectiva de mundo socialmente construída.

Compreender que a realidade não é estática e unidimensional, libertaria a consciência humana em prol de uma atuação criativa, construtiva ou até revolucionária. Neste sentido amplo, para Luis Roberto Barroso, “a liberdade pressupõe consciência.”¹²⁹ Chauí reconhece, “a liberdade é a consciência simultânea das circunstâncias existentes e das ações que, suscitadas por tais circunstâncias, nos permitem ultrapassá-las.”¹³⁰ Vislumbrar os fenômenos sociais e jurídicos a partir desta ótica é premissa imprescindível do modelo social. Almeja-se quebrar a hegemonia do horizonte individualista adotado pelo modelo médico e estimular outra percepção centrada na sociedade.

O campo dos Estudos da Deficiência ou *Disability Studies* considera a deficiência como parte natural da condição humana, não como um defeito ou desvantagem que deva ser eliminado, tratado ou curado. O paradigma move-se da “prevenção-tratamento-remediação para o paradigma sócio-cultural-político.”¹³¹ Assim como os teóricos do Marxismo, feminismo e pós-modernismo, os estudiosos da

¹²⁷ GERGEN, Kenneth J., *An Invitation to Social Construction*, [s.l.]: SAGE, 2009, p. 3–4.

¹²⁸ CHAUI, Marilena, *Convite à Filosofia*, 14. ed. São Paulo: Atica, 2010, p. 369.

¹²⁹ BARROSO, Luis Roberto, Eficácia e Efetividade do Direitos à Liberdade, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - IBDH*, v. 2, n. 2, p. 100–109, 2001, p. 100.

¹³⁰ CHAUI, *Convite à Filosofia*, p. 467.

¹³¹ KANTER, *The Law*, p. 112.

deficiência adotam a visão de que a deficiência seria uma construção social, em que seriam as barreiras estruturais, ambientais e atitudinais que impediriam as pessoas com deficiência de gozar plena e igualmente de todos os aspectos da vida humana.¹³² O modelo social problematiza e rejeita a “norma” social que implica na exclusão das pessoas com deficiência.¹³³ A hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos apresenta-se bastante útil na complementação argumentativa deste novo paradigma cognitivo, ao indicar que haveria uma fraqueza cognitiva fundamental em se estabelecer “dicotomias demasiado rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia.”¹³⁴

Próximo ao modelo social, mas ainda merecedor de atenção particular, há a concepção de que as pessoas com deficiência, enquanto vítimas de discriminação e exclusão em diversos espaços sociais onde se assemelhariam a outros grupos marginalizados com base na raça, gênero, idade ou orientação sexual no que tange às relações sociais de identidade e poder.¹³⁵ Trata-se do modelo da deficiência como *minoría*. A imagem do grupo é primordial neste modelo conceitual. Entretanto, contende-se que, enquanto grupo, as pessoas com deficiência estariam em maior desvantagem do que as demais minorias. As pessoas com deficiência são menos ricas, menos independentes, menos educadas e alcançam menos seu total potencial de desenvolvimento pessoal do que outros grupos oprimidos. Tais alegações se consubstanciam-se em importantes dados. Pessoas com deficiência em países em desenvolvimento são em média mais pobres do que aqueles sem deficiência.¹³⁶ Menos de 10 por cento das crianças com deficiência na África, por exemplo, frequentam a escola, em 2006.¹³⁷ Mulheres com deficiência são mais excluídas, marginalizadas e particularmente mais vulneráveis à violência, exploração e ao abuso sexual.¹³⁸ Quanto ao

¹³² KETT, Maria; LANG, Raymond; TRANI, Jean-Francois, Disability, development and the dawning of a new convention: A cause for optimism?, **Journal of International Development**, v. 21, n. 5, p. 649–661, 2009.

¹³³ KAYESS; FRENCH, Out of Darkness into Light?, p. 653.

¹³⁴ SANTOS, Por uma concepção multicultural dos direitos humanos, p. 118.

¹³⁵ KANTER, **The Law**, p. 421.

¹³⁶ GROCE, Nora *et al*, Disability and Poverty: the need for a more nuanced understanding of implications for development policy and practice, **Third World Quarterly**, v. 32, n. 8, p. 1493–1513, 2011, p. 1496.

¹³⁷ KETT; LANG; TRANI, Disability, development and the dawning of a new convention.

¹³⁸ HARRIS, Alison; ENFIELD, Sue; GB, Oxfam, **Disability, Equality, and Human Rights: A Training Manual for Development and Humanitarian Organisations**, [s.l.]: Stylus Pub Llc, 2003.

acesso ao mercado de trabalho, no Brasil, em 2000 apenas 10,4 por cento das pessoas com deficiência, em idade economicamente ativa se encontravam legalmente empregadas.¹³⁹ O acesso à educação parece ser uma questão central no desenvolvimento econômico e social das pessoas com deficiência. No entanto, Maia, Camino e Camino apontam que, embora a escolaridade seja um elemento importante nesta equação, percebe-se que entre negros e brancos, homens e mulheres, existem diferenças nas taxas de desemprego e de remuneração mesmo quando se equivalem os níveis de escolaridade e o número de anos de estudo. Sugere-se então que as disparidades observadas possam se relacionar a preconceitos e à exclusão social decorrente.¹⁴⁰

Apesar de a opressão e a marginalização por meio do preconceito serem adversidades compartilhadas por todas as minorias, as pessoas com deficiência sofrem com sérias adversidades que as demais não sofreriam ou, pelo menos, as sofreriam de maneira menos acentuada. A lógica inferiorizante, por meio do sentimento piedade, compadecimento e tragédia é primordialmente vinculada à deficiência. A discriminação ambiental exteriorizada por meio de barreiras físicas, e não somente atitudinais, são inerentes a inúmeras pessoas com deficiência. Impossibilidade de entrar em edifícios, ausência de pisos tácteis ou sinais sonoros, inexistência de rampas de acesso ou inviabilidade de utilização do transporte público são exclusões objetivas e concretas. Rob Imrie denomina esta modalidade de exclusão social de “*apartheid* por design.”¹⁴¹

Todavia, critica-se o *modelo da minoria* porque esse tenderia a realçar os liames políticos do poder e da identidade, sem necessariamente problematizar a deficiência em si.¹⁴² Kayess e French salientam ainda que a abordagem que situa a questão dentro do discurso de minorias centraliza a análise a respeito dos desvios da norma social, ao invés de enfatizar a diversidade dentro da sociedade e a pertença ao conjunto social como um todo.¹⁴³ Teme-se que ao colocar a deficiência como mais uma das minorias – racial, feminina, infantil etc. – afastar-se-ia a apreciação e o exame das

¹³⁹ MAIA, Luciana Maria; CAMINO, Cleonice; CAMINO, Leoncio, Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: Uma Análise do Preconceito a partir das Concepções de Profissionais de Recursos Humanos, **Pesquisas e Práticas Psicossociais**, v. 6-I, p. 78–91, 2011, p. 79.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴¹ IMRIE, Rob, **Disability and the City: International Perspectives**, [s.l.]: SAGE, 1996, p. 19.

¹⁴² KANTER, **The Law**, p. 426.

¹⁴³ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 10.

particularidades inerentes à deficiência, em meio às quais o preconceito e os entraves atitudinais seriam somente algumas das variáveis.

Por fim, Arlene S. Kanter aponta outro modelo resultante das políticas públicas voltadas para o bem-estar social – *welfare*. O foco da atenção se distancia da pessoa com deficiência em sua totalidade e se relaciona precipuamente com os critérios legais, regulamentos estatais e processos concessivos de políticas públicas assistenciais. Estes elementos que constroem o discurso definidor daqueles que *oficialmente* têm uma deficiência. Este modelo sofre forte influência do pensamento foucauldiano a respeito do controle estatal e domínio sobre a sociedade. Denomina-se este sistema de *modelo cultural* ou *estatal* de deficiência. Kanter entende que o caráter oficial frente ao Estado da percepção do fenômeno acabaria por promover um sistema mais fragmentado e descentralizado do ser humano, o qual albergaria identidades múltiplas e conflitantes. Assim, o conceito de deficiência tornar-se-ia instável e contestável, além de dissociá-lo de outras identidades sobrepostas à pessoa, como sua raça, etnia, gênero e status socioeconômico.¹⁴⁴ O *welfare* voltado para a deficiência cria uma categoria social à parte e um modo autônomo de compreender o fenômeno. O modelo cultural seria a visão estatocêntrica que prima pela categorização objetiva *vis-à-vis* as pessoas com deficiência, sem necessariamente percebê-las em sua inteireza e comumente escondendo-lhes sua diversidade.

3.1.2 Conceito atual adotado pela Convenção

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se desenvolve em meio a estas múltiplas – mas não necessariamente contraditórias – visões. O embate discursivo transbordou para a esfera legiferante e o espaço das Nações Unidas foi um ambiente rico para a contraposição de ideias, discussões terminológicas, semânticas e conceituais que culminaram com a adoção da definição de pessoas com deficiência atual. Tendo em que vista que a percepção humana se traduz primariamente e quiçá fundamentalmente através da linguagem, entender o conceito de pessoas com deficiência

¹⁴⁴ KANTER, *The Law*, p. 429–430.

pressupõe necessariamente a compreensão de sua terminologia – do modo pelo qual a linguagem é aplicada para descrever-lhe e representar-lhe.

Não se trata, contudo, de equivaler nomes a conceitos. Obviamente, *conceitos* são estruturas de maior amplitude significativa e pressupõem processos cognitivos mais sofisticados. Porém, não se pode separar os conceitos de sua nomenclatura. Cada denominação carrega consigo valores, ideais e preconceções relacionadas ao momento histórico em que surgem e dentro do qual são utilizadas. Entender como o conceito de deficiência se alterou e qual é aquele adotado atualmente pela Convenção Internacional, requer o exame de como a nomenclatura também mudou. A nomenclatura envolvendo a deficiência se transformou com bastante rapidez principalmente a partir da década de 1960. Romeu Sasaki recorda que as formas de denominação passaram de “inválidos, incapacitados, defeituosos, deficientes, excepcionais,” para “pessoas deficientes, pessoas portadoras de deficiência, pessoas com necessidades especiais ou pessoas portadoras de necessidades especiais,” até chegar à forma atual de “pessoas com deficiência.”¹⁴⁵

No Brasil, uma das primeiras referências legislativas advém de 1967 com o Decreto federal nº 60.501, adotando o nome *inválido*. Este nome, assim como *incapacitado*, se tornou comum no contexto pós-Segunda Guerra no país. Entre 1960 e 1980, surgem outras denominações, todas envolvendo o modelo médico: defeituosos, ou seja, aquelas pessoas com deformidade física; deficientes, aqueles com alguma deficiência para executar as funções básicas; e excepcionais, aqueles com deficiência intelectual ou com superdotação. Em 1981, as Nações Unidas utilizam pela primeira vez o termo *deficiência* com um adjetivo: pessoas deficientes. Entre 1988 e 1993, incorpora-se uma maior qualificação à nomenclatura; surge o termo *pessoas portadoras de deficiência*, principalmente nos países de língua portuguesa. A Constituição Federal de 1988¹⁴⁶ e muitas leis brasileiras infraconstitucionais¹⁴⁷ também adotaram esta

¹⁴⁵ SASSAKI, Romeu, _____ Como chamar as pessoas com deficiência?, in: **Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos**, São Paulo: RNR, 2003, p. 12–16.

¹⁴⁶ Constituição Federal. Art. 7º XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador **portador de deficiência**; Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às **pessoas portadoras de deficiência**, conforme o disposto no art. 227, § 2º. (grifos do autor)

¹⁴⁷ Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.

nomenclatura. A partir de meados dos anos 1990, o termo *pessoa* não mais desaparece das locuções nominais.

A nível internacional, adotou-se oficialmente pela primeira vez a nomenclatura atual em junho de 1994 pela Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais¹⁴⁸ promovida pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, sigla em inglês). A Declaração trouxe inovações salutares no que diz respeito à implementação por parte dos Estados de um sistema educacional inclusivo onde aqueles com necessidades educativas especiais devem ter acesso às escolas regulares. Apesar do conteúdo progressista e do uso consistente do termo “pessoas com deficiência” – *persons with disabilities* e *personas con discapacidad* – em todo o documento nos idiomas originais,¹⁴⁹ houve graves erros na tradução do documento para o português. Na versão traduzida e adotada pelo Ministério da Educação brasileiro utiliza-se “pessoas com deficiência” no preâmbulo, mas no corpo da Declaração encontra-se a terminologia “pessoa portadora de deficiência” seguidamente, pressupondo que o seu uso possa ocorrer de maneira intercambiável. A indeterminação terminológica acabou se perfazendo nos espaços institucionais e encontramos ainda mais recentemente, na Resolução da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (MEC) nº 02/2001, as denominações antigas – “pessoas com necessidades especiais” e “pessoas portadoras de necessidades especiais”.

Esta discussão terminológica não visa saciar um capricho preciosista. O termo “pessoas com deficiência” indica que essas não são, e.g., “especiais” e não devem ser separadas, isoladas ou excluídas das demais pessoas subliminarmente compreendidas como *não* especiais. O termo implica na ideia de empoderamento e de responsabilidade do indivíduo para contribuir com seus talentos para a sociedade. Não se esconde nem se camufla a deficiência. Sassaki defende, “Reconhece-se a diferença para que se busque a

¹⁴⁸ MEC, Ministério da Educação, Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais, 1994.

¹⁴⁹ UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education during the World Conference on Special Needs Education: Access and Quality, 1994.

igualdade.”¹⁵⁰ Igualmente, entende-se que a pessoa não *porta* a deficiência; ela não pode se desfazer dela quando bem quiser. Porta-se objetos e roupas, a deficiência estaria *com* o indivíduo.

Termos como “inválido” e “deformado” tendem a desqualificar a pessoa em sua totalidade, sendo termos despersonalizantes que possuem forte conotação de estigmatização e exclusão.¹⁵¹ Já o uso de preposições – e.g. “com” – desempenharia um papel importante na descrição conceitual, uma vez que descreveriam relações – e não atributos ontológicos – e encorajariam a separação entre a pessoa e a deficiência. Ademais, na utilização discursiva comum, os verbos na voz ativa seriam preferíveis aos verbos na voz passiva, por exemplo: um homem usando cadeira de rodas seria melhor do que um homem confinado a uma cadeira de rodas. Preferir-se-ia usar o verbo *ter*, em detrimento do verbo *ser*; “ele tem uma incapacidade” seria preferível a “ele é incapacitado.”¹⁵²

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se inseriu neste debate terminológico o qual culminou em grandes embates conceituais. Inicialmente, a Convenção estabelece, no item *e* de seu preâmbulo, que “a deficiência é um conceito em evolução [...]”. Reconhece portanto, mais uma vez, a historicidade inerente à conceituação da deficiência e dos direitos humanos em si. Contudo, não poderia deixar de determinar claramente um conceito para pessoas com deficiência. No Brasil, seu texto foi sancionado pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trazendo o seguinte conceito de “pessoa com deficiência” na segunda parte de seu artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A definição adota um misto conceitual entre os modelos médico e social. Por um lado trata dos “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo”, em referência à perda ou à anormalidade de estrutura ou função como proposta pela CIF. Por outro lado, a definição condiciona a deficiência à interação

¹⁵⁰ SASSAKI, _____ Como chamar as pessoas com deficiência?, p. 4–5.

¹⁵¹ KANTER, *The Law*, p. 434.

¹⁵² AMIRALIAN *et al*, Conceituando deficiência.

destes impedimentos “com diversas barreiras, [que] podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade”, o que envolve as premissas fundamentais do modelo social e dos estudos críticos sobre a temática. Além disso, coloca-se o conceito de deficiência sob a égide do princípio da igualdade material ao colocar que a “igualdade de condições com as demais pessoas” deverá ser levada em consideração na determinação conceitual. A definição apresenta um grande salto na afirmação da estrutura discursiva de outros modelos conceituais, particularmente quando vista em contraposição à definição trazida no artigo 2º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975, que dispunha:

Art. 2º O termo "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

A definição atual incorpora elementos médicos e sociais à ótica de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e se afasta do modelo individualista dos anos 1970. Assim, foca-se não no indivíduo considerado isoladamente mas em sua interação e participação social. Desloca-se a questão do âmbito do indivíduo com deficiência para a sociedade e assume-se a deficiência como um problema de todos. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, desembargador trabalhista e ex-especialista do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com a Deficiência da ONU, entende que o “conceito é revolucionário, porque é defendido pelos oitocentos representantes das organizações não governamentais presentes nos debates” e porque essas pleitearam “a superação da conceituação clínica das deficiências.”¹⁵³

Contudo, houve dissonância no processo de tradução do texto da Convenção para a língua portuguesa. Tendo em vista que a Convenção é assinada apenas nos seis idiomas oficiais das Nações Unidas – i.e. árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo –, a tradução para a língua pátria fica a cargo do Ministério das Relações Exteriores para que o Congresso Nacional possa apreciá-la no vernáculo. O principal problema se fez no núcleo verbal da definição. Enquanto que no texto originalmente assinado pelo Brasil

¹⁵³ DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques, **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**, Todos Nós, disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia/>>, acesso em: 9 jul. 2012.

a definição trazia os verbos “*to include*”, em inglês, ou “*incluir*”, em espanhol. O Itamaraty traduziu-o como o verbo “*ser*”. Em inglês:

Persons with disabilities **include** those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others. (grifo do autor)

Em espanhol:

Las personas con discapacidad **incluyen** a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.(grifo do autor)

Esta mudança na tradução restringiu sensivelmente o conceito. Originalmente, a taxonomia dos tipos de impedimentos era aberta e o rol de segmentos de deficiência era apenas indicativo, desde que de “longo prazo.”¹⁵⁴ Enquanto isso, a versão brasileira do texto reduziu o universo de abrangência conceitual ao adotar uma locação verbal ontológica e taxativa. Embora tenha havido uma perda do sentido original da tradução da Convenção, a versão incorporada com status de emenda constitucional manteve a maior parte das garantias jurídicas exordiais.

A Convenção inaugura a primazia dos direitos das pessoas com deficiência enquanto direitos humanos. Reconhece-se que é na conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido que se encontra o principal fator de cerceamento de direitos. Conjuga-se com a ideia de preservação do conjunto dos direitos humanos e de sua interdependência, assim como busca a criação de caminhos de acesso à realização plena dos direitos humanos.¹⁵⁵ Tomando os direitos das pessoas com deficiência como direitos humanos, nota-se que esses se fundam nos preceitos de igualdade e não discriminação, prescritos aos demais direitos.

Um dos principais impactos jurídicos diz respeito ao princípio de igualdade garantido também no artigo 1º, em sua primeira parte, que indica que o propósito da Convenção seria “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e

¹⁵⁴ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 21.

¹⁵⁵ DA FONSECA, *A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência*.

promover o respeito pela sua dignidade inerente.” Nota-se que a utilização do termo “equitativo” denota apego à noção de igualdade material e de justiça. Bem como “pleno” transmite a noção de aplicação integral e imediata. A principal finalidade deste predicado jurídico seria, segundo Kayess e French, desafiar a equação de diferença enquanto inferioridade. Promover a igualdade não seria desconsiderar as diferenças. Se a igualdade formal for ignorar a diferença, uma abordagem universalista de equidade seria a expectativa da diferença. Esta abordagem foi bastante influente na construção da Convenção, especialmente no que diz respeito à ênfase no desenho universal¹⁵⁶ e na acessibilidade do ambiente construído.¹⁵⁷

Particularmente, no que tange à deficiência, ignorar as diferenças implica na exclusão talvez de modo mais brutal do que em relação a qualquer outro grupo minoritário. Um tratamento materialmente igualitário implica no reconhecimento das especificidades deste grupo e na acomodação de sua diferença.¹⁵⁸

Maria Salete Fábio Aranha aponta que a partir desta visão universalista de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, delinea-se o que ela chama de Paradigma de Suportes. Esta nova visão defende a “garantia do acesso imediato e contínuo” da pessoa com deficiência “ao espaço comum da vida em sociedade, independentemente do tipo de deficiência e do grau de comprometimento apresentado.” Tal garantia exigiria mudanças bidirecionais: intervenção junto às pessoas com deficiência e particularmente junto à sociedade, ao ambiente construído e às atitudes, a fim de se ajustarem à convivência na diversidade.¹⁵⁹ Cabe ressaltar que o foco conceitual está na *inclusão* e não na *integração*. Enquanto a última pressupõe uma responsabilidade individual pela segregação, ou seja, seria o indivíduo que deveria mudar ou ajustar-se para se integrar à sociedade. Por outro lado, em relação à primeira se atribui a responsabilidade de receber e acolher as pessoas na sociedade; a inclusão proviria de um esforço externo. Subentende-se no hodierno conceito de deficiência que a convivência na diversidade traria benefícios para o desenvolvimento pessoal e social de todos.

¹⁵⁶ Art. 2º [...] “Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁵⁷ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 11.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 8.

¹⁵⁹ ARANHA, Maria Salete Fábio, *Inclusão Social e Municipalização*, p. 3–4.

A despeito de haver liames conceituais e elementos discursivos bem delimitados, a própria Convenção reconhece, na cláusula preambular de letra *e*, que “a deficiência é um conceito em evolução.” Assim, apesar de atualmente a terminologia ser tal qual é e o conceito envolver elementos individuais e sociais, essa não seria necessariamente a realidade objetiva da deficiência. Trata-se de uma construção social e discursiva como qualquer outra, a qual, entretanto, instrumentaliza a luta pela efetivação de direitos fundamentados no princípio da igualdade material através da inclusão.

O conceito atual está sedimentado no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Impende apesar disso se questionar: Por que criar um tratado internacional que tratasse especificamente das pessoas com deficiência? Como se deu o processo de elaboração nas Nações Unidas? Como se deu processo a ratificação com status de emenda constitucional no Brasil?

3.2 Histórico da Convenção

Até 2007, as pessoas com deficiência não haviam sido explicitamente reconhecidas em nenhum instrumento internacional de direitos humanos de natureza jurídica cogente. Nenhuma das convenções, pactos ou declarações de direitos humanos que dispõem de cláusulas de igualdade e não discriminação trazem entre o rol de circunstâncias humanas sujeitas à discriminação a deficiência.¹⁶⁰ A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, por exemplo garante em seu artigo 2º:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Apesar de se elencar explicitamente elementos como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza e nascimento, a temática da deficiência está omissa. Poder-se-ia apenas incluí-la como “qualquer outra condição”, partir da abertura normativa fornecida no dispositivo. De forma similar, dispõem os dispositivos de antidiscriminação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

¹⁶⁰ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 12.

Sociais e Culturais também de 1966. Portanto, os direitos das pessoas com deficiência eram direitos que careciam de tutela.

Frédéric Mégret alega que “de muitas formas, a Convenção da Deficiência está simplesmente, mas de modo coercitivo, reafirmando o óbvio: ou seja, que as pessoas com deficiência têm direito aos mesmos direitos que todos.”¹⁶¹ Apesar de óbvio pela abertura de incidência normativa residual, esses direitos não são cumpridos. Por quê? Uma obviedade residual talvez não seja tão evidente quanto se imagine. Incluir a deficiência na panaceia de quaisquer outras condições humanas sujeitas à opressão e exclusão indubitavelmente não contribui para uma reforma social, atitudinal e de políticas públicas. A invisibilidade das pessoas com deficiência é apontada por ativistas e por pessoas com deficiência como uma razão essencial pela qual a deficiência não recebe maior aporte de recursos públicos ou maior atenção das autoridades. Ademais, Piovesan defende que abrir a construção de um tratado novo e específico contribui para “processos que se abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.”¹⁶²

A partir da noção de que a temática era renegada a normas residuais e de que havia uma necessidade imperiosa de maior atenção às violações sofridas por pessoas com deficiência em todo o mundo, surge a proposta de se elaborar um tratado internacional de direitos humanos sobre pessoas com deficiência. Às vezes, reiterar o óbvio é o pontapé inicial necessário para a mudança.

A Convenção não é, entretanto, o primeiro documento internacional a mencionar, ainda que sem obrigatoriedade jurídica, a deficiência como matéria de direitos humanos. Na década de 1970, começa-se a aceitar internacionalmente a inclusão dos direitos das pessoas com deficiência como direitos humanos. Esta abordagem iniciou um novo debate, embora sob uma perspectiva de tutela, parcialmente excludente, e de direitos sujeitos à critérios de possibilidade e até discricionariedade para serem postos em prática.¹⁶³ A incorporação de elementos discursivos do modelo social aos documentos é extremamente tímida e ainda assim submetida a condicionais de interpretação

¹⁶¹ MÉGRET, Frédéric, *The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights*, **The International Journal of Human Rights**, v. 12, n. 2, p. 261–278, 2008, p. 263.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano**, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

¹⁶³ Artigo 1º “A pessoa deficiente mental tem, na máxima medida possível, os mesmos direitos que os demais seres humanos.” (Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais, 1971)

amplamente restritiva. Durante este período, assinam-se, no âmbito das Nações Unidas, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais em 1971¹⁶⁴ e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes em 1975¹⁶⁵. A nível regional, a Organização dos Estados Americanos (OEA), elaborou em 1988 um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido também como Protocolo de San Salvador, que trata da “proteção de deficientes” em seu artigo 18, o qual se embasa fundamentalmente no paradigma médico-individual e de segregação: “Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade.” Em 1999, a mesma organização adota a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada pelo Decreto Legislativo no 198, de 13 de junho de 2001, conhecida como a Convenção de Guatemala.¹⁶⁶ Nota-se, contudo neste instrumento maior amplitude conceitual e avanços quanto à inclusão:

Artigo 1.1 O termo ‘deficiência’ significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A partir da década de 1980, o discurso sobre a deficiência começa a mudar e seguir em direção à perspectiva das barreiras sociais. Em 1982, escolhido como ano internacional das pessoas deficientes, a ONU adota o Programa de Ação Mundial (WPA, sigla em inglês) para Pessoas Deficientes. Este Programa foi o único documento internacional que tratava da deficiência que entrou no rol das cláusulas preambulares da Convenção Internacional. As Declarações dos anos 1970 foram expressamente excluídas do texto convencional devido à pressão e à incidência das organizações da sociedade civil que demandavam que tais instrumentos ficassem omissos. Visava-se evitar qualquer relação entre estas Declarações tidas como retrógradas e a Convenção, impedindo assim

¹⁶⁴ Original: Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (1971)

¹⁶⁵ Original: Declaration on the Rights of Disabled Persons (1975)

¹⁶⁶ SCHULZE, Marianne, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, 3. ed. New York: Handicap International, 2010.

que se valesse delas para a interpretação e aplicação dos direitos prescritos no novel tratado.¹⁶⁷

Alguns anos mais tarde, em 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a primeira referência específica e explícita envolvendo crianças com deficiência.

Artigo 2 Estados Partes reconhecem que a **criança portadora de deficiências físicas ou mentais** deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. (grifo do autor)

Ademais, este tratado inclui a deficiência, ainda que somente a física, no rol da norma antidiscriminação.¹⁶⁸ Em 1993, a Assembleia Geral da ONU também adota as Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência.¹⁶⁹ Durante as décadas de 1980 e 1990, muitas conferências internacionais envolveram a temática da deficiência. Merecem destaque documentos oriundos de eventos que trataram da deficiência transversalmente dentro de temáticas fundamentais aos direitos humanos, notadamente na Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em Beijing, China em 1995, e no Comitê Preparatório para a conferência do Programa das Nações

¹⁶⁷ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 24.

¹⁶⁸ Artigo 23. 1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. 2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados. 3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual. 4. Os Estados Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

¹⁶⁹ ONU, Assembleia Geral, *United Nations Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* adopted by General Assembly Resolution n. A/RES/48/96, 1993.

Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat) em Istambul, Turquia em 1996.¹⁷⁰

Independentemente das fraquezas dos direitos previstos, estes instrumentos meramente declaratórios – i.e. *soft law* – não dispunham, de qualquer modo, de coercibilidade jurídica; o impacto dos mesmos acabou sendo bastante reduzido.¹⁷¹ Em 2001, o Estado do México propôs durante a Segunda Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância em Durban, África do Sul a redação de um instrumento internacional de direitos humanos sobre pessoas com deficiência. No mesmo ano, na 56^a Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, EUA, o governo mexicano reiterou a proposta e a Resolução n^o 56/168 foi aprovada por consenso, sequer exigindo-se uma votação. Assim, estabeleceu-se, através desta resolução, o Comitê Ad Hoc sobre uma Convenção de Proteção Ampla e Integral de Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência,¹⁷² o qual permitiu a participação e inclusão de qualquer Estado-membro interessado.¹⁷³ A Convenção deveria ser *ampla* de modo a prover uma proteção através de uma visão holística, incorporando os elementos de desenvolvimento social, direitos humanos e não discriminação.¹⁷⁴ O documento deveria ser *integral*, de maneira que se tornasse um instrumento nuclear do Direito Internacional dos Direitos Humanos – não uma fonte normativa subsidiária de tratados existentes. Destarte, o tratado de deficiência deveria deter o mesmo status normativo internacional das demais convenções de direitos humanos.¹⁷⁵

Inicialmente, o secretariado do Comitê Ad Hoc foi lotado sob a égide do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC, sigla em inglês) e não sob o Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos. Esta lotação curiosa reflete a

¹⁷⁰ UN ENABLE, Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD), **The United Nations and Persons with Disabilities Chronology: 1980's - present**, disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=125>>, acesso em: 6 ago. 2013.

¹⁷¹ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*

¹⁷² Original: *Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention Protecting the Rights and Dignity of Persons with Disabilities*.

¹⁷³ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 17–18.

¹⁷⁴ SCHULZE, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, p. 18; KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 20.

¹⁷⁵ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 20.

ainda latente visão na organização multilateral de que a temática da deficiência envolveria somente a esfera de desenvolvimento social e não propriamente o campo de direitos humanos. Talvez isso tenha ocorrido também devido à adoção do Comentário Geral¹⁷⁶ do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷⁷ da ONU (CESCR, sigla em inglês) de 1994, que trata especificamente de pessoas com deficiência, o qual assevera, “a deficiência está proximamente ligada a fatores econômicos e sociais – condições de vida em muitas partes do mundo são tão desesperadoras que a provisão de necessidades básicas para todos”, e acrescenta “mesmo em países com um relativamente alto padrão de vida, as pessoas com deficiência são frequentemente negadas a oportunidade de gozar em plenitude os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos.”¹⁷⁸ Apesar de subsistir indubitavelmente uma relação entre a deficiência e o desenvolvimento social, o discurso sobre os “direitos das pessoas com deficiência” aos poucos se consolidou e se hegemonizou dentro do Comitê Ad Hoc.

A primeira sessão do Comitê Ad Hoc ocorreu entre 29 de julho e 9 de agosto de 2002 com a participação de 80 Estados-membros e diversas organizações não governamentais representativas de pessoas com deficiência, de âmbito internacional, regional e nacional.¹⁷⁹ Durante as duas primeiras sessões, o Comitê Ad Hoc travou longas discussões e aliviou tensões quanto ao seu mandato e programa de trabalho. Muitas delegações questionavam se a Resolução nº 56/168 lhes daria competência para esboçar uma convenção de caráter cogente. Alguns Estados sugeriram que, a fim de evitar duplicidade e instrumentos sobrepostos, poder-se-ia apenas fazer um protocolo opcional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos. Todavia, a visão de que o Comitê Ad Hoc, de fato detinha competência para redigir um esboço de tratado prevaleceu. Ao final da segunda sessão, determinou-se a criação de um Grupo de Trabalho para fazer um esboço do texto preliminar. Este documento constituiu a base textual das seis próximas sessões.

¹⁷⁶ CESCR, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (Annex IV), 1994.

¹⁷⁷ Comitê com secretariado lotado sob o Escritório do Alto Comissariado de Direito Humanos.

¹⁷⁸ SCHULZE, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, p. 17.

¹⁷⁹ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, Dissertação de Mestrado em Direito, PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP, São Paulo, 2009.

Em 2005, o presidente do Comitê Ad Hoc, o embaixador neozelandês Don MacKay, lançou uma versão sintética com as principais propostas juntamente com um texto justificativo da proposta tal como a mesma se encontrava.¹⁸⁰ A partir deste esboço do presidente incorporou-se ainda a ideia de se ter um mecanismo de monitoramento da implementação da Convenção, ideia que veio dar origem ao atual Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir do Protocolo Facultativo à Convenção. O presidente do Comitê justificou este mecanismo afirmando que o tratado em questão seria “uma Convenção de implementação [...] dispondo de um código detalhado sobre como direitos existentes deveriam ser postos em prática em relação às pessoas com deficiência.”¹⁸¹

Durante este processo houve consultas regionais: em abril de 2003, em Quito, Equador abrangendo as Américas; em Bruxelas, Bélgica para os países da Europa; em Johannesburgo, África do Sul envolvendo o continente africano; em Bangkok, Tailândia para Ásia e Oceania; e em Beirute, Líbano para o Oriente Médio.¹⁸² Houve também massiva e inédita participação da sociedade civil em seu processo de elaboração. As organizações da sociedade civil com status de observador, não apenas estiveram presentes nas reuniões oficiais do Comitê Ad hoc, mas fizeram intervenções em Plenário, propuseram discussões e realizaram colocações por escrito, com textos concretos que facilitaram a elaboração do documento. Além disso, esse foi o documento internacional construído com a maior participação direta de pessoas com deficiência e de organizações de pessoas com deficiência.¹⁸³ As organizações não governamentais de deficiência montaram uma rede internacional denominada International Disability Caucus (IDC) – ou simplesmente Caucus – a fim de aumentar sua incidência política no processo de

¹⁸⁰ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 18–19.

¹⁸¹ COMITÊ AD HOC SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, **Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session. Chairman Says Draft Convention Sets Out “Detailed Code Of Implementation and Spells Out How Individual Rights Should Be Put into Practice”**, United Nations General Assembly SOC/4680, disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/soc4680.doc.htm>>.

¹⁸² LOPES, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, p. 54.

¹⁸³ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 3.

elaboração do tratado.¹⁸⁴ Ao total foram mais de 400 ONGs e organizações de pessoas com deficiência (DPOs, sigla em inglês).¹⁸⁵

Finalmente, em 13 de dezembro de 2006, chegou-se a um consenso sobre o que poderia vir a ser o texto final e em 30 de março de 2007, houve a cerimônia de assinatura da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo na sede das Nações Unidas em Nova Iorque, EUA. Esta foi o tratado de direitos humanos negociada e aprovada mais rapidamente da história da ONU. Trata-se de um recorde, concluindo-se o processo em apenas quatro anos, entre 2002 e 2006.¹⁸⁶ Igualmente, a Convenção teve o maior número de assinaturas quando do lançamento de um tratado de direitos humanos; oitenta e um Estados-membros mais a União Europeia.¹⁸⁷ Em julho de 2013, 156 Estados haviam assinado e 133 ratificado a Convenção, dos quais 96 haviam assinado e 77 ratificado o Protocolo Facultativo.¹⁸⁸

Kayess e French sublinham que a Convenção é “a exposição de direitos humanos mais densa da história da ONU.”¹⁸⁹ Em parte devido a tal densidade, também é o primeiro tratado de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas a trazer títulos para seus artigos, de modo facilitar a sua acessibilidade.

O Brasil assinou o instrumento em 30 de março de 2007 em conjunto com os demais países presentes à cerimônia de assinatura, no entanto só veio a depositar o instrumento de ratificação em 1º de agosto de 2008. O Poder Executivo encaminhou a Convenção em língua portuguesa ao Congresso Nacional por meio da Mensagem (MSC) nº 711/07, datada de 02 de outubro de 2007. Inicialmente recebida pela Presidência da Câmara dos Deputados para análise e votação, a Mensagem seguiu para o Senado Federal.¹⁹⁰

¹⁸⁴ LOPES, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, p. 55.

¹⁸⁵ KANTER, **The Law**, p. 471.

¹⁸⁶ DA FONSECA, **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**.

¹⁸⁷ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 2.

¹⁸⁸ ONU, United Nations Treaty Collection, **Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Status**, disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en>, acesso em: 8 jul. 2013.

¹⁸⁹ KAYESS; FRENCH, *Out of Darkness into Light?*, p. 22.

¹⁹⁰ LOPES, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, p. 74.

Paralelamente, a sociedade civil brasileira se organizou e lançou a campanha “Assino Inclusão” em setembro de 2007, a fim de pressionar os parlamentares para a ratificação do tratado com quórum qualificado segundo o procedimento descrito no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Lopes ressalta que o movimento se formou “a partir de uma coalizão de membros da sociedade civil, organizações não governamentais militantes na área dos direitos humanos e da deficiência, autoridades públicas e acadêmicas.”¹⁹¹ Dentro deste movimento pró-ratificação, o Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência (CONADE) e a antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE)¹⁹² tiveram papel protagonista.

Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes, em dissertação sobre o tema, esclarece que, ao chegar à Câmara dos Deputados em novembro de 2007, o Deputado Federal Arlindo Chinaglia (PT) propôs a criação de uma Comissão Especial, nos termos do artigo 34, II, do Regimento Interno,¹⁹³ para apreciar e proferir parecer sobre a Mensagem Presidencial. Dias depois aprovou-se igualmente o requerimento de tramitação em regime de urgência. Assim, já em maio de 2008 todos os documentos estavam à disposição do plenário da Câmara dos Deputados.¹⁹⁴ Entre os parlamentares não havia discordância sobre o mérito da ratificação, ou seja, todos concordavam com o conteúdo da Convenção e que a mesma deveria ser incorporada ao ordenamento brasileiro. Divergência sobreveio a respeito da adoção do procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88 e naturalmente a respeito do status equivalente a emenda constitucional. Embora o consenso não tenha sido imediato, na primeira sessão, em 13 de maio de 2008, a aprovação com status constitucional obteve 418 votos favoráveis, 11 abstenções e nenhum voto contrário à proposta. Na segunda sessão, dia 28 de maio de 2008, a aprovação se repetiu com 356 votos favoráveis, seis abstenções e nenhum voto contrário.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 79–80.

¹⁹² A CORDE foi instituída através do Decreto Presidencial nº 93.481/1986. Atualmente foi substituída pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência criada a partir do Decreto nº 7.256/2010.

¹⁹³ Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: II – proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada.

¹⁹⁴ LOPES, **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**, p. 79–80.

Após a aprovação em dois turnos na Câmara, o texto convencional, agora com status de Proposta de Emenda à Constituição (PEC), seguiu para o Senado Federal. A Casa Superior do Congresso Nacional aprovou, dia 2 de julho de 2008, em duas sessões realizadas em ato contínuo, com 56 votos favoráveis e nenhum contrário. O quórum mínimo para a sua aprovação com status de emenda à Constituição foi deste modo atingido. O Decreto Legislativo nº 186/2008, dia 9 de julho de 2008, incorporou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo no Brasil com status de norma formalmente constitucional.¹⁹⁵ Em 25 de agosto de 2009, o Presidente da República promulgou e fez publicar a Convenção e o Protocolo Facultativo através do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, conforme suas competências previstas no artigo 84, IV da Constituição.¹⁹⁶ O Decreto Presidencial é realizado no Brasil para dar execução ao tratado a nível interno. Internacionalmente, a obrigatoriedade começa desde o depósito do instrumento de ratificação¹⁹⁷, o que *in casu* se deu com base na autorização parlamentar concedida pelo Decreto Legislativo nº 186/2008.

A aceitabilidade do conteúdo previsto no tratado e sua ratificação enquanto emenda constitucional se deveu não somente à pressão interna dos movimentos pelos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, mas também devido ao consenso internacional formulado através de um processo bastante participativo em âmbito internacional, que reuniu centenas de entidades de pessoas com deficiência de todo o mundo em torno das sessões do Comitê Ad Hoc.

3.3 Nada sobre nós, sem nós: sociedade civil e legitimidade

A participação popular na elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a nível internacional foi inédita. Foram centenas de organizações de e para pessoas com deficiência envolvidas no processo e algumas milhares de pessoas com deficiência diretamente engajadas nos debates e proposições.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 82–83.

¹⁹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹⁹⁷ MELLO, **Curso de Direito Internacional Público**, p. 241.

A existência de organizações estabelecidas em rede compostas numerosas outras ONGs de abrangência local, nacional e regional contribuiu bastante para a incidência incisiva da sociedade civil no processo. Entre os atores centrais estava a International Disability Alliance, organização guarda-chuva criada em 1997 envolvendo organizações mundiais de variados segmentos de deficiência, como a Disabled People's International (DPI), Inclusion International, Federação Mundial dos Surdos, Federação Mundial dos Surdo-cegos, União Mundial dos Cegos, Rede Mundial de Usuários e Sobreviventes da Psiquiatria, Down Syndrome International. Somaram-se à aliança de organizações mundiais, numerosas organizações regionais e nacionais, com destaque no contexto latino-americano para a Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS). A IDA foi instrumental no estabelecimento do International Disability Caucus (IDC), a rede da sociedade civil que foi a principal responsável por emendas, intervenções e incidência através de pronunciamentos em plenário, bem como informalmente nos corredores do Palais des Nations e do Palais Wilson¹⁹⁸ durante as sessões do Comitê Ad Hoc.¹⁹⁹

A despeito de discordâncias pontuais, essas eram sanadas em discussões paralelas ou em debates não moderados. No que tange à participação do corpo diplomático brasileiro, as análises tendem a realçar o espírito cooperativo e a abertura ao diálogo. Opina Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior, “Não existe quem tenha participado que deixe de atestar a parceria da sociedade e do governo brasileiros. Fato novo, intrigante e instigante, marcará para sempre o peso e o valor da voz daqueles que estão à margem dos fatos.”²⁰⁰ A Convenção participativa encontrou abertura nos corredores das Nações Unidas junto a variadas delegações presentes.

Os esforços se congregavam em torno do lema “Nada para nós, sem nós”, uma premissa de empoderamento, inclusão e participação direta nos processos que impactam pessoas com deficiência. O mote surgiu a partir do trabalho do estadunidense

¹⁹⁸Respectivamente, os edifícios da sede da Organização das Nações Unidas e da sede do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ambos localizados em Genebras, Suíça.

¹⁹⁹ IDA, International Disability Alliance, **International Disability Alliance - About us**, disponível em: <<http://www.internationaldisabilityalliance.org/en>>, acesso em: 10 jul. 2013.

²⁰⁰ MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro, Apresentação, *in*: DE RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Orgs.), **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 21.

James I. Charlton²⁰¹ publicado em 1998 e que influenciou profundamente o imaginário do movimento de pessoas com deficiência quanto à perspectiva participativa direta. Seu trabalho é considerado como “um documento definidor na literatura sobre a cultura da deficiência.”

Desta feita, o modo de elaboração é considerado o mais participativo da história dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. Este fato aporta elementos de legitimidade até então desconhecidos à dinâmica diplomática conservadora da ONU. Tradicionalmente, a negociação e redação dos tratados são realizadas por diplomatas e/ou por embaixadores detentores de poderes plenipotenciários para atuar representando seus Estados. Contudo, tais representantes não eleitos dispõem de, no mínimo, uma legitimidade democrática limitada.

Legitimidade democrática é um elemento fundamental ao debate do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Embora comumente interpretada como temática afeta exclusivamente às relações de poder intraestatal, importa indagar quais os fatores envolvidos na garantia de sua aceitação social, convencimento interestatal e, principalmente, de cumprimento e implementação concreta. Não obstante, iniciamos a análise do ponto de vista do Estado para em seguida expandir o escopo.

Ingeborg Maus defende, “O Estado não tem que seguir um fim jurídico próprio, e sim, que o fim jurídico consiste exclusivamente na compatibilização das prerrogativas dos indivíduos entre si.”²⁰² Entende-se, portanto, que a finalidade precípua do Estado é harmonizar a convivência entre os indivíduos, apesar de que ainda não se conseguiu harmonizar conceitualmente e de modo satisfatório as autonomias pública e privada.²⁰³ É exatamente na interface entre a autonomia privada – i.e. *auto* “própria” + *nomos* “norma” – e as prerrogativas públicas onde se desenvolvem os entraves político-jurídicos e a luta pela efetivação de direitos.

Dentro do sistema sociopolítico corrente, o processo legislativo é o principal mediador desta relação conflitiva entre o convívio social e as prerrogativas individuais. Do ponto de vista jurídico, a maior fonte de legitimidade para restrição da autonomia

²⁰¹ CHARLTON, James I., **Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment**, [s.l.]: University of California Press, 1998.

²⁰² MAUS, Ingeborg, **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 56.

²⁰³ HABERMAS, **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade Vol. 1**, p. 115.

seriam as leis. Jürgen Habermas preconiza, no entanto, “o processo legislativo [deve] se apoiar[r] no princípio da soberania do povo.”²⁰⁴ Surge, na visão do jurista alemão, um paradoxo aparentemente invisível no processo de formação estatal moderno, qual seja o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Nos debates jurídicos propedêuticos, dicotomiza-se o Direito sob a ótica metafísica do direito natural e da moral em oposição à legalidade pura. Todavia, a partir de Immanuel Kant, o conceito da moral se desengata do conceito do Direito, de maneira que “o sistema jurídico que se tornou inteiramente autônomo tem que sobreviver com suas ficções autoproduzidas.”²⁰⁵ O contratualista alemão compreende que o contrato social – aquele que supostamente celebraram os humanos em sua gênese a fim de possibilitar a formação da sociedade – não seria um contrato para uma determinada finalidade e sim um fim em si mesmo. A convivência em sociedade seria a finalidade única e precípua do contrato social. A partir da aceitação coletiva das limitações às autonomias individuais, permitiu-se o estabelecimento de sociedades livres da conflitualidade destrutiva permanente.

O pensamento positivista de Hans Kelsen também propôs o desfazimento do laço entre as esferas normativas da moral e do Direito. A doutrina kelseniana estabelece que é a forma a responsável por revestir as decisões e competências jurídicas de sua força de obrigatoriedade.²⁰⁶ Destarte, os direitos subjetivos em geral seriam definidos como interesses protegidos objetiva e juridicamente por normas jurídicas expressas.²⁰⁷ A lei se tornaria a fonte primária da legitimidade para a imposição estatal – i.e. pública – sobre a autonomia das pessoas. Regredindo na análise, entretanto, não se consegue esclarecer de onde o direito positivo, em si, obtém sua legitimidade.

Buscando responder a esta indagação, expoentes da Escola de Frankfurt refutam a concepção de que o contrato seja desprovido de valores. Maus argui, em análise do posicionamento kantiano, que “Pode-se instituir grande ordem e paz na opressão geral.”²⁰⁸ A autora propõe que se deve contrapor o *pactum subjectionis* ao *pactum unionis*, ou seja, deve ser garantida uma segurança democrática de liberdade que seja alicerçada não sobre uma mera constitucionalização ou legalização formal – que

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 114–115.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 118.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 115;117.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 118.

²⁰⁸ MAUS, **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**, p. 17.

pode tender à opressão e à sujeição popular a um poder autoritário – e sim sobre a socialização do poder. De modo análogo aposta Habermas, em referência também a Thomas Hobbes, “Se assumirmos a perspectiva de Kant [...], descobriremos [...] em Hobbes o teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado.”²⁰⁹

Contende-se que a fonte de toda legitimidade certamente não estaria no processo da legiferação *per se*, mas se encontraria no princípio da soberania do povo.²¹⁰ Soberania popular fundamentaria, por seu turno, a democracia. Sem o valor democrático, a harmonia social poderia até ser alcançada e a legitimidade estritamente legal estabelecida. Contudo, tal feito se daria provavelmente à revelia dos valores de justiça social e teria sua estabilidade comprometida. Kant, conforme discutido supra, é apontado como precursor da noção de legitimidade formal firmada somente sobre leis. O contratualista germânico defende que o Direito se caracterizaria por ser um “conteúdo especial” incorporado ao contrato social, o qual constituiria o modelo ou o intermediador para uma socialização sob o domínio das normas jurídicas.

Por outro lado, Habermas percebe a moral e a democracia como estando interligadas, de modo que o direito não constituiria um intermediador entre o princípio da moral e o princípio da democracia, e sim, “o verso da medalha do próprio princípio da democracia.”²¹¹ O Direito teria assim elementos morais e valores sociais em sua Constituição; a soberania popular seria o meio de garantir sua implementação, já que estaria no interesse do povo a realização destes valores. Os *direitos humanos* são vistos nesta ótica ora como um desdobramento efetivamente jurídico – quando já reconhecidos e instituídos –, ora como esforços de aplicação *erga omnes* de normas morais em disputa política – quando ainda em contenção sociopolítica. Os contratualistas democráticos – Kant e Jean-Jacques Rousseau – já admitiam subliminarmente essa relação de concorrência entre os direitos humanos – enquanto adágio de cunho moral – e o princípio da soberania do povo.²¹²

²⁰⁹ HABERMAS, *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade Vol. 1*, p. 122–123.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 122.

²¹¹ *Ibid.*, p. 128.

²¹² *Ibid.*

Entende-se também que a soberania popular seria a fonte mesma dos direitos subjetivos, formalmente estabelecidos ou não. Direitos subjetivos desempenhariam um papel central na moderna compreensão do Direito, uma vez que corresponderiam à esfera de liberdade de ação subjetiva, ou seja, estes direitos determinariam o campo de permissibilidade para o livre emprego da vontade individual.²¹³ Esta relação não está todavia bem limitada e desafia até os dias atuais a análise e compreensão dos fenômenos sociopolíticos no seio da regulamentação jurídica.

Leis, direitos humanos, soberania popular e legitimidade democrática coexistem por meio de relações de poder. Pretender a primazia dos direitos humanos pressupõe a constatação de que “a justiça é indissociável do poder.”²¹⁴ Maus afirma ainda:

[A] própria garantia de liberdade não está no procedimento libertário, e sim, na administração autoritária de uma metafísica dos fins estatais submetida à Constituição [...] criada por decisionismo de uma expertocracia de justiça.²¹⁵

Essas relações de poder se sobrepõem ao Direito e disputando-o. As desigualdades existentes, a opressão sobre certos grupos sociais e a resistência à exclusão, tudo se agrega na equação da qual resultam as realidades sociojurídicas. Exponentes dos estudos jurídicos críticos, que desenvolvem sua argumentação sobre os preceitos realistas de crítica ao Direito, arrazoam a existência de uma relação simbiótica entre Direito e poder; “para muitos, o Direito é política.”²¹⁶ Sem chegar a almejar reduzir o objeto de análise a adágios ontológicos pouco esclarecedores, cabe ressaltar o posicionamento de Habermas, que proclama, “o direito não pode satisfazer apenas às exigências funcionais de uma sociedade complexa, devendo levar em conta também as condições precárias de uma integração social.”²¹⁷ As condições de integração social dizem respeito a outro conceito intrinsecamente relacionado à noção de direitos subjetivos: a cidadania.

Boaventura de Sousa Santos inaugura um conceito de cidadania baseado na ideia de pertença. O sentimento de pertença social se traduz na visão eurocêntrica

²¹³ *Ibid.*, p. 113.

²¹⁴ MAUS, **O Direito e a Política: Teoria da Democracia**, p. 36.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 51–52.

²¹⁶ KANTER, **The Law**, p. 443.

²¹⁷ HABERMAS, **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade Vol. 1**, p. 114.

enquanto cidadania. São cidadãos aqueles que pertencem ao corpo social e que nele estão incluídos e dentro do qual gozam de mobilidade. O conceito problematiza-se quando contraposto à ideia de direitos humanos: “Todos são humanos, mas só alguns são cidadãos.”²¹⁸

Há cidadãos e há não cidadãos, há os que gozam de direitos e aqueles que não. Hanna Arendt preconiza a ideia de que a cidadania seria “ter direito a ter direitos.”²¹⁹ Logo não seria a condição humana ou a efetiva inserção no meio social que atribuiria direitos subjetivos às pessoas, senão algo distinto. Cidadania seria algo essencialmente excludente e fundado em regras jurídicas que garantem *status* sociais diferenciados. Essa dinâmica de diferenciação, no que tange ao gozo de direitos, se mostra bastante problemática na ordem mundial atual, emoldurada por iniciativas do neoliberalismo, em que o Estado-nação sofre um processo de enfraquecimento de sua habilidade de implementar direitos.²²⁰ Não obstante, hoje a cidadania “apesar de ser cada vez mais precária para quem a tem, é cada vez mais preciosa para quem a não tem.”²²¹

O Direito e, particularmente, os direitos humanos são fundamentais na busca da emancipação social e na busca da cidadania. Assim, devem estar conectados a uma globalização contra-hegemônica ou a partir de baixo, com base em que se pode vislumbrar uma dimensão jurídica de lutas globais em prol de direitos.²²² Santos discorre a respeito da emergência de um “cosmopolitismo subalterno” ou “cosmopolitismo dos oprimidos”, conforme o qual se percebem grupos sociais, redes, iniciativas, organizações e movimentos de tipo local, nacional e transnacional ativos no esforço de enfrentar a globalização neoliberal excludente e de lhe contrapor alternativas.²²³ Neste sentido, um dos instrumentos desta luta contra-hegemônica se perfaz através da legalidade cosmopolita em oposição à legalidade demoliberal. A legalidade cosmopolita é utilizada como ferramenta para estes grupos subalternos para se integrar em mobilizações políticas mais amplas e criar acordos supraestatais que assegurem certos direitos humanos, em

²¹⁸ Boaventura de Sousa Santos - *A cidadania a partir dos que não são cidadãos*, Coimbra: [s.n.], 2012.

²¹⁹ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, [s.l.]: Harcourt Brace Jovanovich, 1973, p. 279.

²²⁰ SIEBERS, Tobin, Disability and the Right to Have Rights, *Disability Studies Quarterly*, v. 27, n. 1/2, 2007.

²²¹ Boaventura de Sousa Santos - *A cidadania a partir dos que não são cidadãos*.

²²² SANTOS, Boaventura de Sousa, Poderá o direito ser emancipatório?, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3-76, 2003, p. 11-12.

²²³ *Ibid.*, p. 27.

superação da cidadania nacional e fundada na condição ser humano. Tal legalidade cosmopolita tem aprofundado a globalização contra-hegemônica. Desafia-se o Direito, paradoxalmente, através da luta em âmbito global por um Direito e por direitos cada vez mais inclusivos.²²⁴

Direitos humanos mais inclusivos devem superar a armadilha doutrinária desenvolvida por Karel Vašák a respeito de supostas gerações de direitos humanos.²²⁵ A ideia que os direitos de liberdade – i.e. direitos de primeira geração – deveriam ser realizados prioritariamente em detrimento dos direitos de igualdade – i.e. direitos de segunda geração – deve ser superada. Opressão e exclusão não são compartimentalizadas e envolvem a inteireza da vida humana em sociedade. Ademais, a implementação de todo e qualquer direito pressupõe a alocação de recursos públicos; todo direito tem um custo.²²⁶ A perspectiva de que todos os direitos humanos são “universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados” se sobressai desde a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, assim como se justapõe à alegada divisão entre direitos civis e políticos e direitos sociais.²²⁷

Compreende-se que a soberania popular seria fonte de legitimidade do Direito, uma vez que estaria fundada em valores morais compartilhados pelo povo – i.e. direitos humanos. O modelo democrático seria o instrumento, talvez o mais adequado encontrado até o momento, para viabilizar um poder estatal legiferante legítimo nos termos mencionados. Ultimamente, porém, pressiona-se para que a democracia não se resuma à perspectiva representativo-eleitoral; a participação cidadã direta faz-se imperiosa. Embora a nível interno, os Estados têm administrado estes anseios populares através de mecanismos como referendos, plebiscitos, conselhos paritários de direitos e outros mecanismos institucionalizados de participação contínua, na esfera internacional as iniciativas participativas ainda se mostram tímidas.

As Nações Unidas se estruturam em alicerces estritamente estatocêntricos e fortemente apoiados na noção de soberania nacional. Debates, negociações e acordos

²²⁴ *Ibid.*, p. 36–37.

²²⁵ VAŠÁK, Karel, **The International dimensions of human rights**, [s.l.]: Greenwood Press, 1982.

²²⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, [s.l.]: W. W. Norton & Company, 2000.

²²⁷ SCHULZE, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, p. 15.

internacionais têm sido caracterizados pela participação de plenipotenciários estatais membros dos corpos diplomáticos, os quais não dispõem de representatividade por meios eleitorais e são desvinculados dos freios e contrapesos democráticos. No entanto, a sobriedade dos corredores cinzas da ONU vem sendo disputada por setores crescentes de uma sociedade civil rica em diversidade que exige a quebra dos protocolos estáticos da atividade legiferante supraestatal, concebidos há dois séculos, em prol de uma organização que se aproxime e que corresponda às demandas populares mundiais.

A participação da sociedade civil no processo de construção da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência decorre do desdobramento destes anseios. Nunca a inserção da agenda de um movimento foi tão levada em conta em um documento juridicamente vinculante transnacional como na Convenção. Tratou-se fundamentalmente da luta por cidadania de um segmento que sofre exclusão a nível mundial.

Não cidadãos podem ser aqueles não humanos (como o meio ambiente), aqueles considerados subhumanos (pessoas consideradas inferiores, o que se aplica às minorias) e os humanos disfuncionais e não autônomos (como populações descartáveis por não serem úteis ao capitalismo).²²⁸ As pessoas com deficiência, em muitas partes do globo, são tidas simultaneamente com seres subhumanos e disfuncionais. A negação de cidadania se deve em grande parte à sua exclusão social por barreiras físicas, comunicativas e atitudinais. Excluir-lhes do convívio social também lhes retira a autonomia, impede-lhes de expressar sua vontade e comumente lhes submete ao alvedrio volitivo alheio, tal como será visto no próximo capítulo.

Um dos maiores feitos alcançados devido à pressão exercida por movimentos da sociedade civil internacional foi no sentido de criar um mecanismo de supervisão e monitoramento da efetivação dos direitos previstos na Convenção.²²⁹ O mecanismo estabelecido foi o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, através do Protocolo Facultativo à Convenção. Compõe-se por 18 especialistas indicados pelos Estados e escolhidos pela Assembleia Geral da ONU. Este Comitê é competente para monitorar todos os países-parte da Convenção, assim como receber e considerar

²²⁸ SANTOS, Poderá o direito ser emancipatório?.

²²⁹ DA FONSECA, **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência.**

comunicações – i.e. denúncias – de indivíduos sujeitos à jurisdição destes Estados e que aleguem ser vítimas de violação de direitos prescritos no texto convencional.²³⁰

O Comitê poderá mostrar-se indubitavelmente como um aliado na pressão por mudanças sociais no âmbito interno, através de suas recomendações, do constrangimento internacional²³¹ e especialmente por meio da assimilação de suas sugestões pelos grupos da sociedade civil interna de cada Estado para exercer o controle social e a cobrança de políticas públicas de inclusão. O Protocolo Facultativo entrou em vigor no dia 3 de maio de 2008 com o depósito do décimo instrumento de ratificação ou acessão, conforme dispõe seu artigo 13. A partir de então, iniciaram-se os trabalhos do Comitê, o qual poderá apreciar não somente comunicações envolvendo direitos civis e políticos bem como direitos econômicos, sociais e culturais albergados pela Convenção.²³² O mecanismo de monitoramento detém, portanto, larga amplitude para competência revisional.

3.4 Luta pelo *effet utile*

A última questão que cabe analisar neste capítulo é o *effet utile* dos tratados internacionais, o qual retoma, em parte, o exame feito do parágrafo 1º do artigo 5º, que garante a aplicação imediata aos direitos fundamentais. Numa ligeira análise do texto convencional, nota-se que o alicerce de toda a sua sistemática jurídica repousa sobre a regra crucial do artigo 4º da Convenção, que prevê o dever de o Estado respeitar e garantir os direitos prescritos em tal instrumento, além de, explicitamente, obrigá-lo a implementar adaptações na legislação interna e nas políticas públicas para que se coadunem com o texto convencional. De modo ilustrativo:

Artigo 4. Obrigações gerais

1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as

²³⁰ OHCHR, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, **Comité de los derechos de las personas con discapacidad**, disponível em: <<http://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>>, acesso em: 10 out. 2012.

²³¹ Também conhecido em inglês como a estratégia de “*name and shame*”.

²³² KOCH, Ida Elisabeth, From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll; QUINN, Gerard (Orgs.), **The UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**, Leiden: IDC Publishers, 2009, p. 73.

peças com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

- a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
- b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;
- c) Levarem em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;
- d) Abster-se de participarem de qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;
- e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada;
- f) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços, equipamentos e instalações com desenho universal, conforme definidos no Artigo 2 da presente Convenção, que exijam o mínimo possível de adaptação e cujo custo seja o mínimo possível, destinados a atender às necessidades específicas de pessoas com deficiência, a promover sua disponibilidade e seu uso e a promover o desenho universal quando da elaboração de normas e diretrizes;
- g) Realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;
- h) Propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações;
- i) Promover a capacitação em relação aos direitos reconhecidos pela presente Convenção dos profissionais e equipes que trabalham com pessoas com deficiência, de forma a melhorar a prestação de assistência e serviços garantidos por esses direitos.

2. Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cada Estado Parte se compromete a tomar medidas, tanto quanto permitirem os recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional, a fim de assegurar progressivamente o pleno exercício desses direitos, sem prejuízo das obrigações contidas na presente Convenção que forem imediatamente aplicáveis de acordo com o Direito Internacional.

3. Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas.

4. 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. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes sem 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 liberdades ou que os reconhece em menor grau.

5. As disposições da presente Convenção se aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.

Por meio da previsão de obrigações estatais é que se perfaz o *effet utile* das premissas normativas do sistema.²³³ Este conceito jurídico, já consolidado no Direito Comunitário Europeu, visa dar eficácia às decisões de cortes europeias face aos conflitos com normas nacionais, dando um “efeito útil” às normas e às decisões internacionais. Neste sentido, defende Petra Lea Lánkos:

Seria contrário à regra de força de sujeição das decisões se as pessoas afetadas por essas fossem privadas de invocá-las perante os tribunais nacionais. Também a efetividade (*l'effet utile*) da medida comunitária (seja um regulamento ou uma decisão) seria enfraquecida se a obrigação do Estado-membro não pudesse ser exigível sob o Direito Comunitário.²³⁴

A compreensão deste efeito mostra-se importante para compreender o fenômeno da supremacia de normas internacionais sobre as internas. No direito regulador da União Europeia, o princípio da primazia – do direito comunitário sobre o nacional – se perfaz de modo consubstancial à natureza mesma do Direito Comunitário, já que ela condiciona, segundo Jean Paul Jacqué, a sua aplicação uniforme.²³⁵ A discussão e redação de normas positivas internacionais advêm do ímpeto dos Estados de elaborar normas jurídicas comuns. Logo, torna-se característica própria dos tratados a garantia do seu emprego uniforme sobre todos aqueles sob sua competência. Não se poderia falar em um ordenamento internacional se assim não o fosse. Neste sentido, no que tange aos Direitos Humanos, os Estados violadores de normas fundamentais à dignidade humana submetem-se à “solução clássica do Direito Internacional público, segundo a qual o comportamento dos órgãos do Estado é sempre imputável ao Estado.”²³⁶

Esta concepção originou-se na França pós-revolucionária, em um momento em que foram postos em prática os ideais de separação dos três poderes e a criação de uma jurisdição administrativa francesa. Considera-se como marco histórico para a

²³³ LEDESMA, Héctor Faúndez, **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**, [s.l.]: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 89.

²³⁴ LÁNCOS, Petra Lea, **The Nature of Community Law – in the light of the development in the case law of the European Court of Justice**, disponível em: <<https://jak.ppke.hu/hir/ias/200612sz/o1.doc>>, acesso em: 14 maio 2010.

²³⁵ JACQUÉ, Jean-Paul, **Droit institutionnel de l'Union européenne**, Paris: Dalloz, 2006, p. 570.

²³⁶ *Ibid.*, p. 617.

responsabilização extracontratual do Estado o caso *Agnes Blanco*, de 1873.²³⁷ Na oportunidade, adotou-se a argumentação de que o Estado, enquanto ente detentor de personalidade jurídica, seria objetivamente responsável pelos atos ou omissões de seus órgãos e de seus agentes públicos, independentemente de dolo. Desde então, a responsabilidade estatal se integrou inexoravelmente ao ramo administrativo nas ordens internas e, passadas algumas décadas, passou a envolver o Direito Internacional.

Com o desenvolvimento do *jus cogens* em matéria de Direitos Humanos, houve a tendência de se responsabilizar os Estados pelo descumprimento dos compromissos avançados multilateralmente. Uma das principais consequências desta responsabilização internacional corresponde à adequação das normas internas à legislação internacional, impondo-se a teoria da supremacia das normas internacionais. Esta se fundamenta, segundo Mello, nos pensamentos de importantes autores – como Kelsen e Verdross – que defenderam a predominância do Direito Internacional como sua própria razão de existir, além de apontarem o fato de que uma lei interna contrária a normas internacionais poder cominar num processo de responsabilidade internacional.²³⁸ De outro modo, sendo inversa a situação – lei internacional antagônica a norma nacional – há somente a revogação de plano desta. Estes indícios seriam vitais para consubstanciar os referenciais teóricos desta primazia.

Neste sentido, a jurisprudência dos tribunais internacionais tem sido unânime em consagrar a preeminência dos direitos humanos prescritos em tratados face aos ordenamentos internos. Tais normas protetivas são consideradas *atípicas*, uma vez que os indivíduos podem recorrer a elas perante os tribunais internos diretamente.²³⁹ Cançado Trindade também subscreve tal entendimento, para o brasileiro “a responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas”, dentre as quais critica a impertinente diferenciação de status jurídico conferido aos tratados

²³⁷ O caso de Agnes Blanco foi uma demanda de reparação de danos baseada em um acidente provocado por um trem da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo apresentada perante o tribunal de Bordeaux. Na ocasião se atribuiu responsabilidade civil objetiva ao Estado francês, fato que afastou a responsabilidade civil do Direito Civil tradicional e integrou-a permanente como matéria de Direito Administrativo DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

²³⁸ MELLO, **Curso de Direito Internacional Público**, p. 124.

²³⁹ *Ibid.*, p. 127.

internacionais de direitos humanos incorporados ao Brasil, em face dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal.²⁴⁰

Gerard Fitzmaurice chama atenção para uma importante distinção frequentemente mal compreendida. Trata-se da diferença entre o caráter obrigatório – *binding character* – de uma norma ou sistema legal e sua autoridade – *authority* – para impor-se. O Direito não é obrigatório porque é cumprido – *enforced*; ele é cumprido porque é obrigatório. O cumprimento pressupõe a existência de uma obrigação legal sobre os sujeitos, de modo que não é o cumprimento em si que é a fonte da obrigação. A autoridade de um ordenamento jurídico para impor-se está bem próxima do cumprimento não é seu sinônimo. Pode-se asseverar que é o caráter obrigatório que cria uma obrigação ou um dever para os indivíduos de lhe obedecer, mas é a sua autoridade que faz com que eles o obedeçam de fato.²⁴¹ Esta compreensão faz-se particularmente importante face às normas internacionais de direitos humanos, as quais usualmente são obrigatórias – uma vez devidamente ratificadas – porém não dispõem de uma autoridade sobre a qual se perfaça seu cumprimento. Argui-se que este lapso de autoridade pode estar relacionado à distância que têm os processos deliberativos e de aprovação destas normas, que são distantes e até desconhecidos da maior parte das pessoas no mundo. Destarte, aponta Koch que os direitos humanos são às vezes referidos com direitos invisíveis, e em relação aos direitos de pessoas com deficiência isso é de fato uma designação precisa.²⁴²

Além do conhecimento e consciência a respeito de tais normas, a legislação interna deve harmonizar-se com seus ditames, assim como devem estar à disposição das pessoas mecanismos institucionais para a sua efetivação no caso concreto. Desta feita, para que se garanta a autoridade dos tratados de direitos humanos é necessário ter além do conhecimento sobre suas provisões, focar os esforços no trinômio *promover, proteger e assegurar*, prescrito no artigo 1º da Convenção que traz seu propósito.

Proclama a Convenção como seu propósito *promover, proteger e assegurar* o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos. Estes três núcleos normativos

²⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, p. 411.

²⁴¹ FITZMAURICE, Gerard, The Foundations of The Authority of International Law and The Problem of Enforcement, **The Modern Law Review**, v. 19, n. 1, p. 1–13, 1956, p. 1–2.

²⁴² KOCH, From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 67.

pressupõem aspectos diferentes do que tem se consolidado nas práticas de desenvolvimento empreendidas pelas Nações Unidas, na denominada “Abordagem Centrada nos Direitos Humanos.” Defende-se que esta abordagem deva ser adotada em toda e qualquer intervenção que vise ao desenvolvimento econômico e social, uma vez que seria o meio mais eficaz de ver os direitos realizados. De acordo com esta abordagem, *promover* significa empreender esforços positivos para conscientizar a sociedade sobre a existência desses direitos e a integrar a titularidade dos mesmos ao imaginário popular. *Proteger* um direito significa editar leis que criem mecanismos que previnam violações por atores estatais e não estatais sem qualquer discriminação. Por sua vez, *assegurar* diz respeito à adoção de políticas concretas para a implementação dos direitos em instituições governamentais através de procedimentos específicos, incluindo-se a alocação de dotações orçamentárias que financiem as mesmas. Assim, abordagem centrada nos direitos humanos fortalece o Estado detentor de obrigações internacionais e encoraja as pessoas a reclamarem seus direitos.²⁴³ A Convenção atende bem a esta abordagem, uma vez que muitos de seus artigos compartilham uma estrutura binária de maneira consistente. Primeiro se *reconhece* ou *reafirma* o direito e, em seguida, *obriga*, *assegura* ou se determina os Estados Partes a *tomar medidas apropriadas* para a realização de direitos.

Ainda no sentido de garantir que os direitos das pessoas com deficiência se realizem por meio da abordagem holística supra, Mégret distingue quatro distinções principais essenciais para a construção contemporânea dos direitos humanos, em relação às quais a Convenção inova. A primeira diz respeito ao tipo de direitos, e.g. direitos positivos e negativos, ou direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. A Convenção obriga os Estados a garantir os direitos civis e políticos clássicos, como por exemplo o direito à liberdade de expressão e opinião. No entanto, para que muitas pessoas com deficiência possam exercer tais direitos, exige-se a realização de direitos sociais com custos adicionais. A Convenção determina que os Estados “tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião,” direitos que, para serem

²⁴³ UNFPA, United Nations Population Fund, **The Human Rights-Based Approach**, disponível em: <<http://www.unfpa.org/rights/approaches.htm>>, acesso em: 12 jul. 2013.

exercidos, podem exigir acessibilidade comunicativa por meio do Braille ou língua de sinais.²⁴⁴ A segunda distinção concerne aos atores responsáveis por garantir os direitos. A tradição humanista tem focado de forma exacerbada no papel exclusivo do Estado. O texto convencional, por sua vez chama atenção para outros atores corresponsáveis direta e indiretamente, demandando mudanças nas atitudes sociais e medidas concretas de conscientização de “toda a sociedade, inclusive as famílias,” assim como “combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas”²⁴⁵ no meio social. Promulga-se a autonomia e a vida independente dos sujeitos, ao mesmo tempo em que preconiza o direito à convivência em comunidade. Ademais, na mesma linha de expansão de corresponsabilidades, este é o primeiro tratado de direitos humanos a impor de forma explícita obrigações todas a entidades privadas:²⁴⁶

Art. 4º [...] os Estados Partes se comprometem a:

e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de **qualquer pessoa, organização ou empresa privada**; (grifo do autor)

Terceira distinção diz respeito à intensidade dos direitos quanto à imediatidade de sua implementação. A discussão sobre a aplicação imediata ou progressiva já tomou muitas páginas na literatura de direitos humanos, todavia a tendência vigente se direciona à indivisibilidade e interdependência, premissas que contradiriam à progressividade. A Convenção, aponta Mégret, surge com um conceito *sui generis*, envolve elementos de “absolutismo e relativismo, e situa a obrigação na interseção entre o desejável e o viável.”²⁴⁷ Este preceito se baseia na “adaptação razoável” que prevê tanto “modificações e os ajustes necessários e adequados” – tendência a direitos absolutos –, mas que, ao mesmo tempo, “não acarretem ônus desproporcional ou indevido” – que se inclina a uma razoabilidade relativa. A última distinção se relaciona aos modos de implementação de direitos, sejam através de mudanças legislativas ou de adoção de políticas públicas. O texto convencional traz para todo direito uma obrigação estatal concreta; em alguns artigos sequer parecem referir-se tanto a direitos, senão a uma série de obrigações. De maneira inovadora, a Convenção trata a matéria não tanto sob a

²⁴⁴ MÉGRET, The Disabilities Convention, p. 266.

²⁴⁵ Artigo 18 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

²⁴⁶ MÉGRET, The Disabilities Convention, p. 267–268;271.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 270–271.

ótica da aprovação simples de legislação antidiscriminatória, mas da adoção de políticas públicas que efetivamente promovam e assegurem seus direitos. Salienta-se que tendo em vista a violação dos direitos previstos na Convenção não é a exceção e sim a regra, impende focar no desenvolvimento de uma ampla estrutura de políticas públicas para que tais direitos possam começar a ser gozados.

Desta feita, Stein e Lord vislumbram que a Convenção dispõe de potencial para catalisar uma mudança substantiva gradual, uma vez que o texto prescreve uma habilidade de acionar valores latentes, acelerar ações a nível nacional e avançar a inclusão social de pessoas com deficiência através de seu mandato de desenvolvimento inclusivo.²⁴⁸

Apesar do seu forte conteúdo voltado para a esfera das políticas públicas, os direitos previstos na Convenção não estão desprovidos de *justicialidade*, ou seja, da faculdade de se pleitear o cumprimento de direitos por meio de um sistema de petições individuais frente a um organismo intermediador de modo a conferir exigibilidade e responsabilização pela violação destes direitos. Os Estados devem prover recursos de direito interno eficazes e incluir a matéria sob a competência julgadora de seus tribunais judiciais, além de adotarem medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras para a realização do objeto e propósito destes direitos.²⁴⁹ Não se trata, entretanto, de uma faculdade jurisdicional *per se*, posto que o órgão receptor das reclamações poderá não ser necessariamente um tribunal, como no caso de comunicações individuais ao Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim entende Graciela Romero, “Devem [os direitos humanos] ser *justiciáveis* para deixarem de ser apenas uma ‘obrigação moral’, ou seja, para serem realmente direitos devem ter como contrapartida a figura da obrigação e da responsabilidade.”²⁵⁰

²⁴⁸ STEIN, Michael Ashley; LORD, Janet E., Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *in*: ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll; QUINN, Gerard (Orgs.), **The UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: European and Scandinavian Perspectives**, Leiden: IDC Publishers, 2009, p. 39.

²⁴⁹ BATISTA; RODRIGUES; PIRES, A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, p. 4008.

²⁵⁰ ROMERO, Graciela, **Reflexiones acerca de la exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)**, disponível em: <http://www.choike.org/documentos/desc_romero.pdf>, acesso em: 10 out. 2012.

No caso brasileiro, tanto reconhece-se a competência *quasi*-jurisdicional do Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência através da aprovação do Protocolo Facultativo à Convenção com o quórum qualificado previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88. Este Comitê pode lançar recomendações a respeito de casos concretos e, apesar de não ter a mesma composição jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos,²⁵¹ o Brasil deverá indubitavelmente cumprir tais recomendações, sobretudo tendo em vista a elevação do Protocolo Adicional ao status de norma constitucional.

Igualmente, reconhece-se a competência das cortes pátrias para apreciar e julgar ações envolvendo tais direitos, uma vez que agora são direitos constitucionais de aplicação imediata. Ademais, a Constituição ainda preconiza uma jurisdição privilegiada, no parágrafo 5º do artigo 109, o qual estabelece em caso de “grave violação de direitos humanos [...] decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte” poder-se-á requerer o deslocamento de competência da ação para Justiça Federal.²⁵² Visa-se assegurar que um juízo mais específico e comumente mais desvinculado de localismos parciais possa apreciar e julgar com agilidade e precisão estas violações.

A Convenção arma as pessoas com deficiência com as ferramentas para concretização de seus direitos. Os Estados não detêm mais subterfúgios vazios para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano.²⁵³ O tratado das Nações Unidas não ser percebido como uma panaceia disforme que visa a erradicação da exclusão social e discriminação deste grupo de pessoas, mas como um instrumento

²⁵¹ Brasil se submete à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do Decreto nº 4.463/2002. O Estado brasileiro já inclusive criou um mecanismo interno para o cumprimento das sentenças deste órgão por meio da edição do Decreto 1.685/2007, que pacificou o entendimento sobre a natureza das sentenças deste tribunal internacional. Há portanto substrato jurídico anterior para garantir a implementação interna das futuras recomendações do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.(ANNONI, Danielle; CORREIA, Theresa Rachel Couto, Jurisdição e Competência no Cumprimento de Sentença Interamericana pelo Brasil: Análise do Decreto 6.185/2007, **Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 1, p. 197–221, 2010).

²⁵² Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: [...] § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

²⁵³ CANÇADO TRINDADE, Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI, p. 411.

bastante necessário para sustentar os direitos relacionados à deficiência.²⁵⁴ Contudo, não se pode negar que há um fosso entre o excesso de sentido e o déficit de desempenho no seu texto, o qual é inerente a uma legalidade cosmopolita voltada para a transformação social.²⁵⁵ Construir uma ponte sólida sobre este fosso constitui objetivo precípuo das reivindicações de movimentos sociais de pessoas com deficiência em todo o globo e, em particular, no Brasil. Uma das pontes de construção mais árdua é aquela que se põe sobre o direito à plena capacidade jurídica.

²⁵⁴ KETT; LANG; TRANI, Disability, development and the dawning of a new convention, p. 658.

²⁵⁵ SANTOS, Poderá o direito ser emancipatório?, p. 40.

4. CAPACIDADE JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A capacidade jurídica define a liberdade de manifestação de vontade dos indivíduos para a realização dos atos da civil, social e política. A noção norteia invariavelmente a participação das pessoas nas sociedades organizadas pelas formas modernas e formalizadas do Direito. Restrições à capacidade jurídica suscitam sérias consequências para o gozo da cidadania e para a afirmação individual enquanto sujeito de direitos.

No modelo jurídico ocidental, circunscreve-se a capacidade legal com base em dois principais critérios, um relacionado à idade – pessoas com menos de 18 anos normalmente não dispõem da plena capacidade jurídica – e outro relacionado a aspectos intelectuais e comunicativos ou, de modo mais geral, às pessoas com deficiência. Dentro do ordenamento brasileiro, para as crianças e adolescentes o preceito do *patria potestas* prevê os institutos protetores do poder familiar, da guarda e da tutela. Para os maiores de 18 anos, as normas do Código Civil incorporam o instituto da curatela como instrumento regulamentador das relações jurídicas envolvendo sujeitos considerados não plenamente capazes.

A curatela se origina do direito romano a partir do princípio do *parens patriae*, poder do qual o Estado disporia para atuar como *protetor* daqueles que não poderiam cuidar de si – seria o Estado (i.e. *patriae*) no papel de pai ou responsável (i.e. *parens*). A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrichi, esclarece que a Lei das XII Tábuas, do Império Romano, já estabelecia “normas sobre a incapacidade de portadores de doença mental, surdez e invalidades permanentes, além da prodigalidade.”²⁵⁶ No Direito Consuetudinário, o instituto desponta com o edito real *De Praerogativa Regis*, de Eduardo II em 1325 na Inglaterra, no qual se garantia a proteção dos bens de quem havia “perdido a sagacidade.”²⁵⁷ Sempre relacionada às atividades

²⁵⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy, Interdição e Curatela, *in*: , Superior Tribunal de Justiça: [s.n.], 2005, p. 2.

²⁵⁷ KNAUER, Nancy J, Defining Capacity: the Competing Interests of Autonomy and Need, **Temple Political & Civil Rights Law Review**, v. 12, p. 321, 2003, p. 330.

mentais somáticas, a capacidade jurídica subsume-se a normas de concretização subjetiva extremamente vinculadas à concepção dos órgãos judiciais a respeito do que constitui a aptidão psíquica e uma mente sã. O conceito não é hermético, óbvio ou de fácil cognição.

Sob o ponto de vista da cidadania, a discussão a respeito da capacidade jurídica é essencial. O status de não cidadão ou de subcidadão conferido às pessoas com deficiência advém, em muitos sentidos, da negação da capacidade jurídica. Não poder celebrar um contrato, comprar um imóvel, fazer um empréstimo, casar, ter filhos, votar, concorrer a cargo eletivo, ser testemunha em audiência judicial ou atuar com jurado são condutas peremptoriamente vedadas àquelas pessoas submetidas ao regime restritivo de sua capacidade. Nos termos propostos por Hanna Arendt²⁵⁸ e Boaventura de Sousa Santos²⁵⁹, negar a capacidade civil seria negar a própria cidadania. Maria Helena Diniz argui que a capacidade seria “a condição ou pressuposto de todos os direitos. Para ser ‘pessoa’ basta que o homem exista, e, para ser ‘capaz’, o ser humano precisa entender os requisitos necessários para agir por si.”²⁶⁰

A personalidade, enquanto atributo psicológico que designa a individualidade dos seres humanos, também se encontra, desde o ponto de vista jurídico, intrinsecamente ligada à capacidade. Definição de papéis sociais, qualificação simbólica, atribuição de funções e percepção descritiva são estabelecidas a partir da capacidade jurídica – ou melhor, a partir da *incapacidade* jurídica. O *não* poder fazer algo ou estar impedido de fazê-lo impõe-se sobre as pessoas com deficiência de modo irrefutável. A identidade deste grupo possuidor de uma ou múltiplas deficiências determina muitas de suas relações pessoais de maneira independente de suas personalidades particulares ou características pessoais que sobressaem à deficiência. Raramente se escuta uma pessoa com deficiência ser descrita como uma mulher simpática ou um rapaz muito inteligente. Kanter ressalta, “Uma vez que uma pessoa se torna deficiente, a deficiência em si se torna não somente a identidade primária da pessoa, como vista pelos outros, mas, muito comumente, se torna a *única* identidade da pessoa.”²⁶¹

²⁵⁸ ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, p. 279.

²⁵⁹ SANTOS, Poderá o direito ser emancipatório?.

²⁶⁰ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

²⁶¹ KANTER, *The Law*, p. 435(grifo do autor).

Enquanto a prevalência da deficiência no meio social a partir do ponto de vista simbólico restringe a cognição dos demais sobre os atributos e especificidades individuais das pessoas com deficiência, a restrição jurídica da capacidade vem agravar este contexto de estigmatização. Em muitos aspectos, o conceito de personalidade tem sua medida demarcada pela capacidade jurídica. Sílvio de Salvo Venosa defende que “a personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas.” Segundo o autor civilista, “personalidade, no campo jurídico, é a própria capacidade jurídica.”²⁶² Não ser capaz na esfera legal implica em bem mais do que estar impossibilitado de realizar atos da vida civil, trata-se de indubitável negação à personalidade e à autonomia. Indispor de personalidade provoca o indeferimento ao status de sujeito de direitos; deprecia-lhes ao nível de *objeto* de direitos. Seres humanos não cidadãos, pessoas sem personalidade, coitados.

Não é à toa que o debate acerca do direito à plena capacidade jurídica adentrou o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A temática relevou-se uma das mais controversas durante as sessões do Comitê Ad Hoc nas Nações Unidas.²⁶³ No entanto, seu resultado sobreveio através do artigo 12 de forma bastante progressista, primando pela autonomia e sufocando as margens para abusos do poder *curare*.

4.1 Curatela no ordenamento brasileiro

A curatela é um múnus público, ou seja, um encargo estatal imposto em benefício coletivo.²⁶⁴ O modelo adotado no Brasil, fundado na dinâmica romana e nos códigos dos países de tradição continental-romana, pode se perfazer sobre todos os aspectos da vida do curatelado, limitando-lhe inteiramente a autonomia, em uma

²⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil - Vol. I - Parte Geral**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 123.

²⁶³ DINERSTEIN, Robert, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making, **Human Rights Brief**, v. 2, 2012, p. 2.

²⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil - Vol. V - Direito de Família**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 472.

intervenção considerada como uma “morte civil.”²⁶⁵ Desde a introdução formal do instituto em nosso ordenamento, criam-se duas modalidades baseadas na capacidade jurídica: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Os primeiros seriam reputados como inteiramente inaptos para a vida civil, já os últimos poderiam desenvolver atividades nesta seara desde que assistidos por outra pessoa – por parentesco, determinação legal ou nomeação judicial.²⁶⁶ Esta diferença tem importantes efeitos jurídicos tendo em vista que os atos realizados por pessoas relativamente incapazes são anuláveis e não nulos *de jure*, como é caso dos absolutamente incapazes. Assim, não se lhes tolhe a autonomia de forma peremptória mas somente de modo mitigado.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 6º, entravam no rol de relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, as mulheres casadas, os pródigos e os indígenas.²⁶⁷ A lógica restritiva da capacidade jurídica se impunha de modo bastante contundente sobre diversas pessoas, muitas das quais até fugiam do binômio existente entre menoridade civil e saúde mental. Percebe-se que o legislador não adotava critérios estritamente técnico-psíquicos. Elementos essencialmente sociológicos em levados em conta. Gênero, estado civil, idade e etnia são qualificações sociais que se distinguem dos atributos puramente psicológicos dos sujeitos. Salienta-se que esta lógica de categorização social também pode ser percebida na dinâmica curatelar do Direito Civil vigente, conforme se discutirá infra.

Não obstante seja imperioso ter em mente a distinção entre absoluta e relativamente incapazes e a permanência de critérios de aferição análogos, o tratamento da curatela não lhes faz referência direta. Enquanto que no Código Civil de 1916 trouxe um rol amplo de sujeitos submetidos às limitações da capacidade legal,²⁶⁸ o mesmo

²⁶⁵ DINERSTEIN, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 3.

²⁶⁶ VENOSA, **Direito Civil - Vol. I - Parte Geral**, p. 134.

²⁶⁷ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; III. Os pródigos; IV. Os silvícolas. (Código Civil de 1916)

²⁶⁸ Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos; II. Os loucos de todo o gênero; III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156); II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; III. Os pródigos; IV. Os silvícolas. (Código Civil de 1916)

dispôs em seu artigo 446 a respeito das circunstâncias específicas para a submissão à curatela, as quais foram estabelecidas entre:

- I. Os loucos de todo o gênero;
- II. Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade;
- III. Os pródigos.

A expressão “loucos de todo gênero” poderia englobar pessoas com quaisquer distúrbios mentais, desde vícios mentais congênitos até aqueles adquiridos no decorrer da vida, qualquer que fosse a causa.²⁶⁹ Tratava-se de nomenclatura bastante pejorativa que atribuía livre interpretação e subsunção casuística a qualquer sujeito que porventura desviasse da “norma” social. Atualmente a nomenclatura utilizada é “pessoas com deficiência intelectual”, sendo adotada inclusive no meio médico-psiquiátrico, o qual rechaçou recentemente a designação anterior de “retardo mental.”²⁷⁰

Similarmente, entende-se que a designação “surdos-mudos” também se encontra imbuída de preconceitos e prejulgamentos a respeito das pessoas surdas. Confusão comum persiste sobre a correlação entre a surdez e problemas na fala – dentre as quais a mudez. Impedimentos auditivos raramente vêm combinados com respectivas más-formações nas cordas vocais impeditivas da fala. Portanto, dificilmente há, de fato, *surdos-mudos*. Normalmente há pessoas surdas que não tiveram a oportunidade de desenvolver as faculdades da fala através de treinamentos de fonoaudiologia, mas que em contrapartida não possuem problema físico em seu aparelho fonador. Para além disso, a terminologia parece estar ultrapassada e foi, de forma salutar, abolida das normas hodiernas. Por fim, os pródigos seriam aquelas pessoas que têm patologias psíquicas ligadas a gastos desmedidos; seriam aqueles indivíduos que não teriam condições de lidar com o seu patrimônio livremente sem dissipá-lo. Também se designam como pessoas com transtorno de compras compulsivas.

Em 10 de janeiro de 2002, a reforma civilista no país revogou a antigo texto codificado e adotou, através da Lei Federal nº 10.406, o Novo Código Civil brasileiro.

²⁶⁹ VENOSA, **Direito Civil - Vol. I - Parte Geral**, p. 133.

²⁷⁰ APA, American Psychiatric Association, **Intelectual Disability**, DSM-5 Development, disponível em: <<http://www.dsm5.org/Documents/Intellectual%20Disability%20Fact%20Sheet.pdf>>, acesso em: 8 ago. 2013.

Muitas mudanças conceituais foram introduzidas a partir deste novo texto legal. Segundo a norma modificada do artigo 1.767, a curatela atualmente pode ser infligida a:

- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;
- V - os pródigos.

O novel Código prevê ainda no artigo 1.780:

A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

O novo ditame civilista prevê parâmetros não correlatos para a definição passiva à curatela. Embora divididos em cinco incisos e o artigo extra, notam-se cinco critérios subjacentes: (i) necessário discernimento para os atos da vida civil, (ii) possibilidade de expressão da vontade, (iii) comportamentos compulsivos, (iv) deficiência intelectual e (v) enfermidade e deficiência física.

O discernimento diria respeito à capacidade de entender o nexo de causalidade entre as ações cometidas e suas consequências. Na vida civil, corresponderia à compreensão de que realizar uma compra onera seu orçamento pessoal, ou que parcelar dívidas implica em pagamentos sucessivos e em um planejamento para tanto. Discernir significa ter a compreensão do mundo exterior e agir de acordo com as condicionantes impostas por tal realidade. Desta feita, uma das psicopatologias mais características desta condição psíquica é a esquizofrenia, a qual se caracteriza por delírios, alucinações, fala e comportamento desordenados, assim como outros sintomas relacionados a disfunções sociais. Contudo, a esquizofrenia não é uma patologia completa e bem delimitada, há um espectro de dimensões psicopatológicas de enorme heterogeneidade.²⁷¹

Expressão da vontade diz respeito a uma faculdade inerentemente humana: a comunicação. Enquanto que no passado pessoas com deficiência sensorial – e.g. visual e auditiva – tinham dificuldade de comunicação e de acesso à informação, a tecnologia e o desenvolvimento de meios não verbais de comunicação reduziram drasticamente tais

²⁷¹ TANDON, Rajiv, Schizophrenia and other Psychotic Disorders in DSM-5, **Clinical schizophrenia & related psychoses**, v. 7, n. 1, p. 16–19, 2013.

déficits. Hodiernamente, a ampla disponibilização de publicações em Braille e disseminação de softwares de navegação por teclado e leitores de tela – e.g. Dosvox, Jaws e Virtual Vision – possibilitam a utilização irrestrita de sistemas operacionais eletrônicos pelas pessoas cegas.²⁷² A expansão da Língua Brasileira de Sinais (Libras) através de obrigatoriedade de interpretação em certas campanhas publicitárias e programas políticos, bem como a expansão de vídeos que utilizam tal língua em plataformas virtuais de compartilhamento – e.g. Youtube – têm contribuído para a acessibilidade das pessoas surdas à informação, ao conhecimento e à participação. Na mesma linha, aprimoramentos tecnológicos têm possibilitado a plena comunicação de pessoas com severas deficiências motoras e físicas, como pessoas com tetraplegia, acidentes vasculares cerebrais e amputação de membros. O toque de um dedo, movimentos com a língua e mesmo piscar os olhos se tornaram meios de comunicação e manifestação da vontade pessoal em sua plenitude. Destarte, dentro da perspectiva de suportes e da acomodação adequada, vislumbram-se como indivíduos impossibilitados de manifestar sua vontade apenas aqueles desprovidos de consciência para desenvolver a comunicação. Somente pessoas com baixíssima atividade elétrica encefálica – em estado de comatose, ou coma – é que estariam privadas do exercício de sua vontade por não disporem das faculdades cerebrais para comunicar-se. Não obstante este entendimento, doutrinadores modernos ainda defendem pressupostos eivados de preconceito e má-compreensão sobre a questão. Venosa alega, “Surdocegos não podem, por exemplo, servir de testemunhas em testamento, porque estas devem ouvir as disposições testamentárias.”²⁷³ Presume o autor que as pessoas surdocegas não disporiam de capacidade sensorial para comunicar-se e compreender as disposições de vontade alheias, ignorando que através de meios acessíveis como a utilização da língua de sinais, do Braille e do sistema pictográfico podem sanar quaisquer dificuldades para perfazer a compreensão comunicativa.²⁷⁴

²⁷² QUEIROZ, Marco Antonio de, **Navegação Via Teclado e Leitores de Tela**, Acessibilidade Legal, disponível em: <<http://www.acessibilidadelegal.com/33-leitores.php>>, acesso em: 8 ago. 2013.

²⁷³ VENOSA, **Direito Civil - Vol. I - Parte Geral**, p. 143.

²⁷⁴ GARCIA, Alex, **Comunicar é preciso: Os Meios de Comunicação do Surdocego**, AGAPASM Associação Gaúcha de Pais e Amigos dos Surdocegos e Multideficientes, disponível em: <<http://www.agapasm.com.br/artigo003.asp>>, acesso em: 8 ago. 2013.

Em terceiro lugar, observam-se os comportamentos compulsivos, nos quais se incluem as pessoas com alcoolismo (i.e. “ébrios habituais”), drogadição (i.e. “viciados em tóxicos”) e transtorno de compras compulsivas (i.e. “pródigos”). A compulsividade envolve ações que, por sua própria conta, não são necessariamente viciantes do ponto de vista físico, tais como comprar, comer, usar a internet ou fazer sexo. Trata-se de um comportamento realizado de forma repetida devido a um forte impulso, o qual a realização comumente tende a ser prejudicial ao sujeito. Já o consumo compulsivo de álcool e drogas dispõe de elementos complementares que agravam o transtorno compulsivo por conta da adição química ao corpo e das substâncias que causam dependência.²⁷⁵ Sem dúvida, há um espectro variável entre a impulsividade localizada e a compulsividade frequente, diária ou ainda mais assídua. A frequência das condutas compulsivas, o nível de resistência do indivíduo a impulsos latentes, a participação em terapias psicológicas ou em tratamentos farmacológicos são todos fatores relevantes na determinação do nível de aptidão psíquica destas pessoas. Os pródigos dispõem de uma proteção peculiar no texto codificado. O artigo 1.782 garante, “a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.” Logo, há uma restrição legal ao poder *curare* no que tange às pessoas com transtorno de compras compulsivas, protegendo-lhes as demais searas civis de qualquer ingerência do curador. Curiosamente, esta foi a única categoria apreciada com tal salvaguarda. Todos os demais estão sujeitos *ex vi legis* à possibilidade de supressão total de sua capacidade legal.

Já a temática de deficiência intelectual seria um conceito vago e sem parâmetros claros para definição. Em distintos incisos, o Novo Código Civil traz “deficientes mentais” e “excepcionais sem completo desenvolvimento mental” como parâmetros para a concessão da curatela, sem esclarecer, ainda que minimamente, o que viria a ser um ou o outro. Enquanto os critérios de discernimento para os atos da vida civil, os critérios da possibilidade de manifestação da vontade e mesmo de

²⁷⁵ ABA, American Bar Association, **Compulsive Behaviors**, American Bar Association, disponível em: <http://www.americanbar.org/groups/lawyer_assistance/resources/compulsive_behaviors.html>, acesso em: 8 ago. 2013; PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus, Psicopatia e reforma psiquiátrica brasileira: o que fazer com o psicopata frente o movimento antimanicomial?, **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33, n. 1, p. 51–71, 2013.

exemplificação específica de certos transtornos compulsivos tendem a ser apreciados a partir de atributos psicológicos nitidamente individualizáveis e examinados com base em critérios razoavelmente objetivos, a caracterização da deficiência intelectual não segue esta linha de fundamentação normativa.

O que seriam pessoas com “deficiência mental”? O que viria a ser um “desenvolvimento mental completo”? Estas são questões que nem a psicologia nem a medicina atual, concretas e objetivas, têm consenso, quanto mais o Poder Judiciário. Há respostas diversas, mas não consenso; representações sociais teorizadas. A Associação Americana de Psiquiatria (APA, sigla em inglês) estabelece uma linguagem comum e os critérios-padrão para a classificação dos transtornos mentais através do Manual para Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (DSM, sigla em inglês²⁷⁶). Apesar de produzida e distribuída nos Estados Unidos, a publicação reverbera internacionalmente e tem sido o documento-base para referência de profissionais envolvidos na atenção à saúde mental em todo o mundo e, em particular, no Brasil. A quinta edição deste Manual – i.e. DSM-5 – recentemente lançado em maio de 2013 institui a “deficiência intelectual” como aquela envolvendo:

[...] impedimentos de habilidades mentais gerais que impactem o funcionamento adaptativo em três domínios. Estes domínios determinam o quão bem um indivíduo lida com as atividades diárias:

- O domínio conceitual inclui aptidão na linguagem, leitura, escrita, matemática, raciocínio, conhecimento e memória.
- O domínio social se refere à empatia, julgamento social, aptidão para comunicação interpessoal, aptidão para criar e manter relacionamentos e aptidões similares.
- O domínio prático se centra na auto-organização em áreas com cuidado pessoal, responsabilidade profissional, gestão financeira, recreação e organização para atividades escolares e de trabalho.²⁷⁷

Nota-se que se trata de um conceito extremamente aberto. Difícil não conhecer alguém ou até não reconhecer em si mesmo limitações ou dificuldades nos três

²⁷⁶ No original: “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)”

²⁷⁷ No original: “Intellectual disability involves impairments of general mental abilities that impact adaptive functioning in three domains, or areas. These domains determine how well an individual copes with everyday tasks: (i) The conceptual domain includes skills in language, reading, writing, math, reasoning, knowledge, and memory. (ii) The social domain refers to empathy, social judgment, interpersonal communication skills, the ability to make and retain friendships, and similar capacities. (iii) The practical domain centers on self-management in areas such as personal care, job responsibilities, money management, recreation, and organizing school and work tasks.” (APA, **Intellectual Disability**.)

domínios mencionados. Pessoas com resistência à matemática e ao raciocínio lógico, problemáticas em seus relacionamentos, irresponsáveis no seu trabalho e desorganizadas com suas finanças domésticas são extremamente comuns na sociedade. Ao contrário de serem a exceção, indivíduos com impedimentos nos domínios propostos pelo DSM-5 tendem a ser a regra. Então, como determinar quem está sujeito à curatela? Seria a maioria – ou pelo menos uma grande parcela – da população composta de curaletados em latência? Questionar-se a respeito da capacidade jurídica do tipo médio na sociedade invoca outras indagações sobre a correspondência entre deficiência intelectual e capacidade legal. Neste sentido indaga Rodrigues, “Será que há uma correlação lógica e necessária entre deficiência mental e incapacidade para a prática pessoal dos atos da vida civil?”²⁷⁸

Ballone ressalta que o fenômeno da deficiência intelectual, sob a perspectiva de impedimento médico-individual, se perfaz em aproximadamente 87 por cento dos casos por meio de limitações apenas leves das capacidades cognitivas e adaptativas e “a maioria deles pode chegar a levar suas vidas independentes e perfeitamente integrados na sociedade.”²⁷⁹ Assim, segundo o autor, apenas 13 por cento destas pessoas teriam sérias limitações, as quais a partir de tratamentos apropriados e adequações atitudinais poderiam integrar-se sem maiores problemas na sociedade. Avalia-se, desta feita, que a terminologia de deficiência intelectual talvez tenha o espectro mais amplo dentre os parâmetros decisivos para determinação da curatela.

A aplicação da curatela de acordo com o critério de deficiência intelectual dispõe de delimitações bastante imprecisas, logo abertas à subjetividade judicial, ao exercício de potenciais curadores de má-fé e a abusos em geral. Do ponto de vista da determinação de curadores, a legislação elenca um rol de legitimados, privilegiando as relações familiares. Há três modalidades de legitimados para o exercício da curatela, as quais se estabelecem pelas respectivas modalidades de: curatela obrigatória, curatela

²⁷⁸ RODRIGUES, Renata de Lima, **Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito**, Dissertação de Mestrado em Direito, PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS - PUC/MG, Belo Horizonte, 2007, p. 88.

²⁷⁹ BALLONE, G. J., **Deficiência Mental**, PsiqWeb, disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=29>>, acesso em: 10 ago. 2013.

legítima e curatela dativa.²⁸⁰ A primeira corresponde à obrigação dos cônjuges ou companheiros de serem curadores uns dos outros. O artigo 1.775 determina, “O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.” Segunda espécie é a curatela legítima, conforme a qual se legitima a curatela aos ascendentes e, em seguida, aos descendentes, sempre os mais próximos em detrimento dos mais remotos; assim dispõem os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo. Por fim, há a curatela dativa e portanto excepcional, uma vez que só se perfaz caso não haja nenhuma das pessoas previamente mencionadas no artigo 1.775 do Código Civil. Deverá o juiz escolher um curador que entender o mais adequado, de acordo com o parágrafo 3º do artigo em questão.²⁸¹ O melhor interesse do curatelado deve ser a diretriz fundamental da *ratio decidendi*, entendendo Caio Mário da Silva Pereira que o juiz não é obrigado a seguir a ordem de procedência preconizada no artigo 1.775, “podendo invertê-la ou mesmo dispensá-la, caso venha a se convencer de que as funções do curador serão melhor desempenhadas por outra pessoa de sua escolha.”²⁸² A previsão legal sobreleva o papel da família na curatela e, apesar do entendimento divergente, prescreve uma sequência para atribuição da curatela, a qual dificilmente é subvertida. Não se leva em conta a vontade da pessoa curatelada ou as relações de confiança estabelecidas. Ignora-se a vontade da pessoa até mesmo no momento de suprimi-la.

Do ponto de vista processual, a curatela se perfaz através de um processo civil de interdição, regulamentado pelos artigos 1.177 a 1.186 do Código de Processo Civil. Reconhece-se nesse a incapacidade civil total ou parcial do interditando, sendo-lhe nomeado um curador que passa a representar ou a assistir à pessoa interditada em todos ou em determinados atos da vida civil.²⁸³ Esta é a única maneira pela qual o mesmo pode

²⁸⁰ FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro de; FANAN, Miriam Tridico, **As inovações do instituto da curatela no Novo Código Civil**, disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Miriam_Tridico_Fanan/inovacoes.pdf>, acesso em: 8 jul. 2013.

²⁸¹ Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito. §1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto. § 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. § 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

²⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil Vol. V - Direito de Família**, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 486.

²⁸³ RAMOS, Cleide, Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei, *in*: DE RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Orgs.), **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 55.

se perfazer. Não se admite concessão de curatela por via administrativa. Tratar-se-ia de um processo judicial com as prerrogativas e garantias previstas constitucionalmente. Embora seja uma ação de jurisdição voluntária e não detenha um polo passivo bem delineado, o Ministério Público detém o dever institucional de participar como *custos legis* de todas as etapas do processo e fornecer pareceres que consubstanciem a decisão do magistrado. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “O pressuposto fático da curatela é a incapacidade: o pressuposto jurídico, uma decisão judicial. Não pode haver curatela senão por decisão judicial fundamentada declaratória.”²⁸⁴

A determinação pela via jurisdicional através da interdição não é, conquanto, absoluta. Renata de Lima Rodrigues, em dissertação sobre o tema, aponta que apesar de a curatela disposta na Seção I do Código Civil exigir o processo de interdição, “a curatela do artigo 1.780, que se refere aos enfermos e deficientes físicos” não se submeteria à mesma exigência.²⁸⁵ Esta inovação rompe com estreito elo de ligação entre a curatela e a capacidade civil. A curatela nos moldes do artigo 1.780 é uma modalidade atípica. Trata-se de uma medida requerida pela pessoa doente ou com deficiência física, ou seja, a manifestação de vontade de ser curatelado é elemento essencial da formação desta modalidade. Contende-se, deste modo, que não há processo de interdição, mas subsistiria a apreciação e concessão judicial sem a regulamentação específica da curatela típica. Outrossim, pode-se disputar que o artigo inserido no Novo Código Civil abre perigosa brecha legal para a extensão da curatela para as mais diferentes deficiências. Torna-se possível, a partir de uma exegese exígua, conceber a curatela para pessoas amputadas e com hanseníase. Levando ao extremo e percebendo a deficiência “física” como qualquer impedimento de ordem corpórea não puramente intelectual, poder-se-ia submeter ao poder *curare* a pessoas com deficiências sensoriais (e.g. visual e auditiva), motoras (e.g. lesão medular) e múltiplas (e.g. auditivo-visual ou motoro-física),²⁸⁶ numa irrazoável expansão da dinâmica restritiva de direitos.

²⁸⁴ PEREIRA, **Instituições de Direito Civil Vol. V - Direito de Família**, p. 479–480.

²⁸⁵ RODRIGUES, **Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito**, p. 79.

²⁸⁶ CAOPIPPD, Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, **Diferentes Deficiências e seus Conceitos - CAOP de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência**, CAOPIPPD - Área da Pessoa Portadora de Deficiência, disponível em: <<http://www.ppd.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=17>>, acesso em: 17 ago. 2013.

Todavia, argui-se que, por outro lado, estas pessoas poderiam perfeitamente fazer uso do instituto jurídico do *mandato*, garantido no Capítulo X do Código Civil, o qual se instrumentaliza através da procuração. A outorga de instrumento mandatário com amplos poderes de transação, alienação e gestão financeira poderia albergar as necessidades impostas pelas eventuais limitações da enfermidade ou deficiência física em questão. Enquanto uma procuração poderia ser revogada por simples ato de vontade do sujeito ou ainda outorgada por tempo determinado, a concessão da curatela transferiria todas as faculdades da vida civil do curatelado a outrem sem obrigatoriedade de revisão judicial *ex officio*. A reversão do poder *curare* somente poderia ocorrer mediante provocação judicial, em um trâmite, sem dúvida, mais custoso e moroso. Inobstante os fundamentos que contrariam a lógica da curatela atípica, Rodrigues ressalta reflexão favorável à utilização do instituto, apontando que a legislação “coloca à disposição do curatelado uma série de mecanismos de proteção patrimonial, pois cabe ao curador um sem-número de obrigações previstas na legislação, dentre elas a prestação de periódica da administração e gestão dos bens do curatelado.”²⁸⁷

A nova dinâmica *curare* previu que a decisão de interdição fundamentar-se-á em alguns parâmetros mínimos. No artigo 1.772 do Código Civil, determina-se que uma vez pronunciada a interdição das pessoas com deficiência intelectual, alcoolismo e drogadição – ou seja, aquelas previstas nos incisos III e IV do art. 1.767 – “o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.” Demanda-se então que o magistrado deva buscar a individualização dos direitos substituídos ao curador consoante o “estado ou desenvolvimento mental” do curatelado, podendo-lhes estender a cláusula protetiva salvaguardada aos pródigos, prevista no artigo 1.782 do Código Civil.

Trata-se entretanto de um artigo de aplicabilidade facultativa. O juiz pode assinar os limites da curatela conforme sua cognição, bastando levar em conta o parâmetro subjetivo – e nada preciso – do “estado mental ou desenvolvimento intelectual”, na aferição dos quais sequer se exige legalmente laudo pericial por

²⁸⁷ RODRIGUES, *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*, p. 124.

psicólogo, psiquiatra ou neurologista. Portanto, não se impõe ao juiz a obrigação de flexibilizar os limites da interdição. Os direitos titularizados pelas pessoas submetidas aos ditames do artigo 1.767 do Código Civil podem ser destituídos e transferidos a outra pessoa. Fora a restrição particularizada aos pródigos no artigo 1.780 e apenas potencialmente diferida aos demais, os direitos patrimoniais, os direitos familiares e mesmo políticos podem ser sumariamente suprimidos dentro da legalidade infraconstitucional.

Dentro do sistema curatelar hodierno, admite-se que pessoas com impedimentos de discernimento, pessoas impossibilitadas de exprimir sua vontade, alcoolistas e pessoas com uma deficiência física recebam exatamente a mesma restrição de direitos por meio da curatela. Apesar de se apresentarem como circunstâncias inteiramente díspares, a solução jurídica casuística pode vir a ser a mesma, sem que o ordenamento forneça instrumentos que permitam contraposição a isso. Conforme realça Rodrigues, “o ordenamento jurídico não abre a possibilidade de individualizar diferentes regimes legais, segundo a causa, a origem e os sintomas ocasionados pela deficiência ou doença mental do interdito.”²⁸⁸

Além de não haver disposição legal que determine critérios objetivos para regimes de limitação de direitos particularizados segundo circunstâncias pessoais, contende-se que também não há restrição à matéria sobre a qual a curatela pode incidir. Pode-se apontar que a adoção de procedimentos de tratamento médico involuntário, a imposição do uso de medicamentos e mesmo a violação à integridade física dos sujeitos por meio de intervenções médicas invasivas, tudo isso seria permitido em nosso sistema curatelar. Restrições quanto à matéria submetida ao poder *curare* têm ocorrido em outros países. Kanter aponta que em alguns ordenamentos, como no Estado de Pennsylvania, EUA, o curador não dispõe do poder de “consentir na participação do curatelado em procedimentos médicos experimentais ou em consentir no aborto, esterilização, psicocirurgias, terapia eletroconvulsivas ou remoção de órgãos.”²⁸⁹ Trata-se de vedação legal quanto à matéria, que protege os interesses do curatelado. No direito, limita-se somente a incondicional extensão do poder curatelar aos pródigos.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 90.

²⁸⁹ KNAUER, Defining Capacity, p. 331.

Por fim, poder-se-ia examinar que a principal limitação à curatela – se é que se poderia caracterizar como uma limitação – estaria na possibilidade de recurso de apelação da decisão judicial por parte do curatelado e na apresentação de petição incidental requisitando a revogação da medida. Sem mecanismos legais que exijam revisão periódica da decisão ou que determinem a medida por tempo determinado, a forma de limitar tal amplo poder se judicializa através de instrumentos extraordinários que se desvinculam do juízo que concedeu a medida, como no caso de apelação, e por vezes demanda esforço de adoção de procedimento incidental. O pedido de revogação se baseia no princípio de que a curatela se faz *sub conditione* da existência da causa geradora do desequilíbrio psíquico. Conseqüentemente, deverá ser levantada tão logo se encontre o sujeito livre da razão determinante.²⁹⁰ Deverá o magistrado utilizar-se dos mesmos meios empregados para aferir a capacidade legal originariamente. Revogar a medida em tais casos possibilita o fim da intervenção na autonomia e esfera individual de direitos.²⁹¹ Em ambos os casos, no entanto, exige-se a contratação de advogado particular e que esse não seja o mesmo de seu curador. Assistência jurídica é custosa o que, para o curatelado que se encontra impossibilitado de dispor de seu patrimônio, pode provar ser uma continência complicada. A limitação por vias judiciais excepcionais mostra-se portanto árdua.

Em 2002, embora o novo diploma civil tenha inovado positivamente em diversas áreas do Direito Civil, o instituto da curatela não teve devida atenção. A curatela é regida no Código Civil brasileiro, ao todo, por 17 dispositivos, o que naturalmente propicia uma regulamentação deficitária e, conseqüentemente, abertura para abusos. Em contrapartida, há ordenamentos, como o alemão, que reserva “quase 150 artigos de seu código civil para regular o assunto.”²⁹² No caso germânico, o legislador buscou privilegiar a tomada de decisões pelo próprio curatelado, no nível máximo em que isso fosse possível.²⁹³ Além disso, salienta Andrichi que o ordenamento alemão determina a revisão periódica da decretação da incapacidade, ao contrário da omissão do sistema

²⁹⁰ PEREIRA, *Instituições de Direito Civil Vol. V - Direito de Família*, p. 480.

²⁹¹ RODRIGUES, *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*, p. 84.

²⁹² VIEIRA, Patrícia Ruy, A Interdição Civil no Direito Brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 826, p. 93–116, 2004.

²⁹³ ANDRIGHI, *Interdição e Curatela*, p. 3.

curatelar no Brasil, “onde a suspensão dessa medida se faz da mesma forma que sua decretação, ou seja, mediante ação judicial.”²⁹⁴

TamANHOS problemas relacionados à curatela subsistem há bastante tempo no Brasil. Contudo, com a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, vigente no país desde 2008, estabeleceu uma ordem principiológica com status inteiramente constitucional no que tange ao direito à plena capacidade jurídica.

4.2 Artigo 12 da Convenção: direito à plena capacidade jurídica

A Convenção sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência adota em seus artigos preambulares o princípio fundamental do novo paradigma jurídico da deficiência: a supremacia da autonomia. Esta elevação do direito à autonomia ramificou-se em dois subprincípios de extrema relevância à análise ora empreendida: a autonomia da vontade e a participação. Ser autônomo pressupõe a liberdade para agir de forma independente e com respeito da sociedade por suas escolhas. Para tanto, faz-se mister garantir que as pessoas com deficiência possam expressar sua vontade, ainda que através de suportes, se necessário, e possam tê-la observado no meio social.

Autossuficiência e plena autonomia são em si mitos. Há poucos estágios no curso da vida humana e que se vive de forma autônoma. Sobrevivência durante a infância e a velhice somente é possível, em muitos casos, com apoio familiar ou comunitário. O Deputado Federal Eduardo Barbosa, na justificativa do Projeto de Lei nº 2.063 de 2011 que dispõe sobre a autonomia, ressalta, “Não é despiciendo lembrar que mesmo a pessoa adulta considerada autossuficiente, a ter de tomar decisões relevantes em relação à sua vida, na maioria das vezes, consulta outras pessoas que possam ajudá-la a tomar a melhor decisão possível.”²⁹⁵ O endosso não refletido dos interesses da autonomia realça uma ficção de autonomia que ignora experiências reais de vida de todos os indivíduos, independentemente da deficiência.²⁹⁶ No entanto, embora seja claro que uma autonomia plena seja irreal, as relações jurídicas nas sociedades regidas pelo Direito em moldes ocidentais, a ficção jurídica da capacidade legal embasa inúmeros direitos fundamentais,

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 5.

²⁹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei n. 2.063 de 2011 Justificativa.

²⁹⁶ KNAUER, *Defining Capacity*, p. 325.

a participação social e o gozo de uma vida em igualdade com os demais. Logo, exigí-la para todos os seres humanos faz-se indispensável sob a ótica dos direitos humanos, da cidadania e da justiça social.

A fim de consagrar tais ideias, a Convenção estabelece no artigo preambular “n” que os Estados Partes “*Reconhece [m]* a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.”²⁹⁷ Ademais, não apenas se trata de tutelar o direito à autonomia na seara individual, senão a garantia de que as instituições, os espaços de atuação política e vida comunitária recebam-nas enquanto sujeitos participativos. Então, no artigo “o”, determina a Convenção que os Estados “*Consider [em]* que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente.”²⁹⁸

O que o preâmbulo da Convenção assinalou, o artigo 12 sob o título “Reconhecimento igual perante a lei” veio consolidar e dar caráter de obrigatoriedade jurídica. O dispositivo trata predominantemente da dinâmica da capacidade jurídica como corolário da supremacia da autonomia e visa impedir a supressão da capacidade civil com base na deficiência.²⁹⁹ Dispõe de uma nova sistemática jurídica para a capacidade legal nos Estados Partes em cinco incisos. Trata-se que uma mudança de paradigma para os direitos das pessoas com deficiência. Dentro do direito guarda-chuva à igualdade perante a lei, brotam direitos que se desenvolvem de forma estritamente relacionada a esta matriz mas que até então se encontravam completamente invisibilizados, desconsiderados e rotineiramente violados.

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. 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

²⁹⁷ Itálico no original.

²⁹⁸ Itálico no original.

²⁹⁹ RAMOS, Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei, p. 55.

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 apliquem 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.

O artigo 12 traz uma série de direitos em cinco segmentos: (i) reconhecimento como pessoa perante a lei; (ii) igualdade formal; (iii) tomada de decisão apoiada; (iv) nova regulamentação do exercício da capacidade jurídica; (v) direitos patrimoniais.

4.2.1 Reconhecimento como pessoa perante a lei

Primeiramente, o inciso 1 prescreve o direito ao reconhecimento como pessoa perante a lei, isto é, o direito a uma personalidade civil. O dispositivo insere a locução “em qualquer lugar”, em visível referência ao ideal universalista da norma como garantidora de direitos na seara intraestatal e como corolário da cidadania. No direito brasileiro, reconhece-se a personalidade civil a partir do nascimento com vida, restando aos nascituros direitos desde a concepção³⁰⁰. A certidão de nascimento é, inclusive, garantida gratuitamente para os hipossuficientes, segundo previsão constitucional³⁰¹. Logo, este inciso não traz grandes inovações ao ordenamento pátrio, uma vez que não há diferenciação entre pessoas com e sem deficiência quanto ao reconhecimento da personalidade civil. Entretanto, para países onde ainda subsistem práticas de registro civil diferenciado para pessoas com deficiência, de modo a tratar-lhes como subcidadãos e

³⁰⁰ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. [...] Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. (Código Civil – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002)

³⁰¹ Art. 5º. [...] LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; [...].

sem os mesmos direitos que os demais, esta garantia convencional será extremamente transformadora.

4.2.2 Igualdade formal

O segundo inciso dispõe sobre o direito das pessoas com deficiência à igualdade formal. Garante-se o direito de “goza[r] de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.” Princípio da igualdade também já era consectário da ordem jurídica nacional através do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.³⁰² Apesar da previsão já existente, a ressalva da norma internacional incorporada, no que diz respeito às pessoas com deficiência, impõe-se de modo salutar no sistema jurídico com relevo acentuado à estatura máxima. Ramos ressalta, desta feita, “O artigo 12, em seu item 02, impede definitivamente a supressão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência.”³⁰³

Esta previsão garante, além da capacidade civil, uma capacidade legal em igualdade de condições que envolve todas as esferas da capacidade para agir: civil, penal e pública ou política.³⁰⁴ Os direitos políticos estão, portanto, entre os assegurados. Às pessoas com deficiência não se poderá negar o direito de votar e ser votado. Quanto a este aspecto, importa comentar o recente caso da discussão sobre a elegibilidade para vereador na cidade de Juazeiro do Norte, no estado do Ceará, durante as eleições municipais brasileiras em 2012. João dos Reis Filho, de 42 anos, travesti e surda, conhecida como “Bixa Muda”, quando da apresentação de candidatura pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB), teve sua “capacidade de discernimento” questionada pelo Ministério Público Eleitoral com base, exclusivamente, em sua deficiência auditiva. Assim, a candidata teve que fazer avaliação psicológica a pedido da Justiça Eleitoral, a qual se deu “com o auxílio de três intérpretes. Dois que faziam a tradução da linguagem

³⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

³⁰³ RAMOS, Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei, p. 54.

³⁰⁴ SCHULZE, **Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities**, p. 89.

falada para Libras e vice-versa e um terceiro que conferia a veracidade das traduções.³⁰⁵ Finalmente, sua candidatura foi aprovada após apreciação judicial. Casos como esse demonstram como a deficiência, ainda que não intelectual, tem impedido o exercício pleno da capacidade legal pelas pessoas com deficiência em várias esferas de vida. O inciso 2 do artigo 12 vem realçar a inconvenção – e ora inconstitucionalidade – de condutas discriminatórias como o adotado pelo Estado, por meio daquele que deveria ser seu *custos legis*.

Destarte, contende-se que a capacidade legal corresponde ao dever de cumprir também suas responsabilidades, em particular a igual capacidade de ser responsabilizado por condutas ilícitas de natureza criminal. Assim, o Atlas Group, em proposta submetida ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU propõe que o “parâmetros universais de imputabilidade criminal devam se estender às pessoas com deficiência nos mesmos termos que aos demais.”³⁰⁶

4.2.3 Tomada de decisão apoiada

Em terceiro lugar, a Convenção introduz uma das maiores inovações à ordem jurídica brasileira: o instituto da *tomada de decisão apoiada*. O texto do inciso 3 do artigo 12 é de redação simples mas de implicações jurídicas imponentes.

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.

A exigência de que os Estados têm a obrigação de prover o apoio necessário ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência carrega consequências que influem profundamente nos sistemas jurídicos e modificam fundamentalmente as precondições para medidas restritivas da capacidade legal, tais como a curatela. Desviou-se a lógica da tomada de decisão *substituída* para a tomada de decisão *apoiada*.

³⁰⁵ O POVO ONLINE, **Bixa Muda faz exame de sanidade mental**, disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/politica/2012/07/26/noticiaspolicas,2886366/bixa-muda-faz-exame-de-sanidade-mental.shtml>>, acesso em: 15 ago. 2013.

³⁰⁶ ATLAS COUNCIL, **Contribution to the CRPD call for submissions on Draft of General Comments – ARTICLE 12 – Equal recognition before the law**, [s.l.]: Atlas Council, 2011.

A redação supra ilustra a mudança de paradigma central que resultou, segundo Schulze, de “discussões longas, detalhistas e mesmo tediosas durante as sessões do Comitê Ad Hoc.”³⁰⁷ A autora ressalta ainda que a proposta foi fortemente alavancada pelos participantes da sociedade civil, notadamente através do International Disability Caucus (IDC), que exigiam que não restasse nenhuma brecha que pudesse subestimar este direito ou dar margem para manutenção de tomada de decisão substituída.³⁰⁸ Mas, porque lutar com tal afincamento por esta disposição?

A autonomia das pessoas tem sido sistematicamente subvertida graças a ferramentas jurídicas que permitem a usurpação da capacidade legal para atos da vida em sociedade. Entende-se de modo bem direto que um indivíduo com deficiência que não possui capacidade legal, sua habilidade para tomar decisões, de atingir o máximo de independência e de estar inteiramente incluído na comunidade “se encontra fatalmente comprometido.”³⁰⁹ Assim, a Inclusion International contende, “A capacidade para agir não é somente componente da capacidade legal garantida no artigo 12, é a sua parte mais definitiva: o direito de tomar decisões.”³¹⁰

O meio encontrado para albergar o direito à autonomia, capacidade jurídica e participação se deu a partir da noção de tomada de decisão apoiada. Embora teoricamente, a ideia que alicerça a tomada de decisão apoiada seja nítida, sua conceituação precisa e instrumentalização não o são. Precipuamente, a tomada de decisão apoiada ajuda a pessoa com deficiência a entender a informação, auxiliando-a a tomar decisões segundo suas preferências e vontades. Trata-se de dar suporte para que a manifestação da vontade ocorra, que a comunicação se perfeça e que a decisão seja tomada, cabendo à sociedade acatá-la.

O International Disability Caucus, a fim de tornar didático o conceito e de distinguir a modalidade apoiada da modalidade substituída, propõe definições interessantes. Segundo o IDC, a tomada de decisão apoiada seria: apoiar a vontade da pessoa; resguardar e defender o seu lado; encorajar, envolver e empoderar sua

³⁰⁷ SCHULZE, *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities*, p. 86.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 90.

³⁰⁹ DINERSTEIN, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, p. 2.

³¹⁰ INCLUSION INTERNATIONAL, *Submission to the Committee on The Rights of Persons with Disabilities Article 12: Implications of Implementation for People with Intellectual Disabilities*, 2010.

participação e responsabilidade; determinar que é a pessoa que detém a última palavra nas suas decisões; e fortalece a pessoa. A qual se contrapõe à tomada de decisão substituída (i.e. *guardianship*), a qual se caracteriza por: poder se opor e distorcer a vontade da pessoa; estimular uma desresponsabilização; suprimir as habilidades que a pessoa possui e tolher seu potencial de crescimento; e censurar a voz da pessoa e o acesso à informação.³¹¹ Dentro da diferenciação proposta, o Comitê de Revisão Legislativa da Irlanda aponta três abordagens conceituais envolvendo a tomada de decisão apoiada, sobretudo relacionadas à capacidade intelectual, são elas: de status, de resultado e funcional.³¹²

A abordagem de status se centra na análise do indivíduo e no seu diagnóstico psiquiátrico e não em uma decisão específica tomada em um certo momento. Na abordagem de resultados se examina a capacidade a partir das consequências que essa terá. Assim, o resultado da escolha ou da decisão será um indicador preponderante. Por outro lado, a abordagem funcional concebe a capacidade a partir do binômio da especificidade da decisão e da especificidade do momento. Avalia-se a capacidade assim diretamente relacionada a uma determinada decisão tomada um momento particular, relativizando o conceito com base na situação concreta temporalmente considerada.³¹³ As primeiras duas abordagens têm sido as mais utilizadas nos sistemas jurídicos com institutos de tomada de decisão substituída, como a curatela. O sistema brasileiro, a despeito de fraquíssima regulação legal sobre a fundamentação das decisões judiciais sobre a curatela, tende-se a enfrentar a questão usando a abordagem do status e, isoladamente (e.g. pródigos), a abordagem de resultados. Contudo, a abordagem funcional é residual, se é que subsistente nos sistemas jurídicos. Essa, contudo, tem se colocado como ilação maior do princípio, hoje constitucional na ordem brasileira, da autonomia da vontade.

Neste sentido, a abordagem funcional se assenta sobre as premissas de que as pessoas podem não ter capacidade para apenas *certas* decisões e de que a capacidade

³¹¹ IDC, International Disability Caucus, **Article 9 : Equal Recognition As A Person Before the Law Information Sheet**, disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9.htm>>, acesso em: 9 jul. 2012.

³¹² ADVOCACY FOR INCLUSION, **Supported Decision Making ,Legal Capacity and Guardianship Implementing Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Australian Capital Territory**, Canberra: Advocacy for Inclusion, 2012.

³¹³ *Ibid.*

mutável com o tempo. O nível de capacidade requerida para compor relações jurídicas no ordenamento depende com frequência do tipo de transação em questão ou da natureza do poder de tomada de decisão necessário. Uma pessoa pode ter capacidade para celebrar um contrato, sem necessariamente dispor da mesma capacidade para fazer um testamento. Assim, para cada ato da vida civil se exige um nível de capacidade jurídica diferenciada. Há dois modelos teóricos para se entender a capacidade legal: modelo de capacidade linear e modelo de capacidade circunstancial.

Primeiro, o modelo de capacidade linear entende que há um contínuo de elementos capacitários hierarquicamente considerados, partindo do mais básico (e.g. recusar medicamento) ao mais alto e complexo (e.g. celebrar um contrato). Nancy J. Knauer alega que “o sistema legal se deslocaria ao longo de uma linha horizontal, que em níveis mais básicos promulga o direito de preservação da autonomia individual. Com a maior complexidade, o pêndulo se direcionaria à preservação e segurança jurídica da coletividade.”³¹⁴ Para a professora, haveria um sopesamento valorativo entre os interesses da autonomia individual e os interesses da coletividade, no que diz respeito à segurança jurídica a partir das condutas desenvolvidas por pessoas com deficiência. De acordo com tal orientação de pensamento, a capacidade jurídica se perfaz por meio de um modelo em *continuum* representado por uma linha inclinada ascendente que cresceria em uma transição quantitativa gradual sem mudanças ou descontinuidades. As pessoas disporiam de uma capacidade plena que gradualmente iria se restringindo em vista das relações jurídicas que exigiriam uma cognição crescentemente mais complexa. O espectro de capacidade legal seria linear e da mesma maneira deveria se dar suporte à tomada de decisão. No nível mais básico, necessitar-se-ia pouco ou mínimo apoio, o qual aumentaria de acordo com a natureza mais complexa do assunto jurídico em questão, até que, para certas matérias, não se poderia mais ter a tomada de decisão apoiada e sim a substituída.³¹⁵

Segundo, o modelo de capacidade circunstancial propõe que não haveria tal contínuo linear, mas uma capacidade estabelecida através da lógica “cada caso é um caso e cada momento, um momento.” Ressalta-se, nesta linha de raciocínio, a temporalidade

³¹⁴ KNAUER, Defining Capacity, p. 325.

³¹⁵ KNAUER, Defining Capacity.

da capacidade jurídica, que para cada situação seria individualizada e mutável. Não haveria um escalonamento ou hierarquia partindo de uma maior capacidade para uma menor. A cada ato corresponderia a uma capacidade específica. Uma pessoa com uma deficiência de aprendizagem pode precisar de apoio na leitura e concentração ao examinar um contrato que nunca leu antes e que possui linguagem intrincada. Contudo, se tiver que ler contrato similar pela segunda ou terceira vez talvez já não necessite do apoio, uma vez que já poderá ter se habituado as suas circunstâncias trabalhosas à luz de seu impedimento intelectual. Ao habituar-se, esta pessoa poderá vir a ler e celebrar contratos autonomamente. Similarmente, alguém que não se comunique verbalmente pode ter um membro da família confiável para interpretar seus atos não verbais por meio de comunicação alternativa e aumentativa³¹⁶ com um gerente de banco para realização de transações financeiras. No entanto, ao se acostumar com a leitura labial durante a fala do gerente, poderá não mais precisar do apoio de seu familiar. Compreenderá o que dirá o gerente e poderá responder por via escrita; o apoio não se fará mais necessário.

No relatório da Anistia Internacional sobre a capacidade para tomada de decisões de 2009, foram entrevistadas diversas pessoas com transtornos mentais em uma pesquisa sobre sua visão sobre sua capacidade legal. Os participantes descreveram como em períodos de estresse mental, decisões poderiam “montanhas impossíveis de escalar.” Identificaram meios pelos quais reconheciam que eles estavam perdendo sua capacidade: um entrevistado afirmou que reconhecia esta perda de capacidade quando sua “mente estava se embaralhando de novo.” Apontaram também que, às vezes, o uso de certos medicamentos em doses altas poderia comprometer sua capacidade, de modo que, segundo um entrevistado, “literalmente inibia sua habilidade de pensar.”³¹⁷ Percebe-se, conforme os relatos, que tanto os transtornos psíquicos como o tratamento para tais impedimentos podem estar associados à diminuição da capacidade individual. A maioria das pessoas salientou que sua incapacidade é usualmente parcial, de maneira que muitas

³¹⁶ Comunicação Alternativa e Aumentativa seria o uso integrado de componentes, incluindo símbolos, recursos, estratégias e técnicas utilizados pelos indivíduos a fim de complementar a sua comunicação. (UFRGS, Projeto SCALA - Sistema de Comunicação Alternativa para Letramento de Pessoas com Autismo, **Comunicação aumentativa e alternativa (CAA) | Projeto SCALA**, Projeto SCALA - Sistema de Comunicação Alternativa para Letramento de Pessoas com Autismo, disponível em: <<http://scala.ufrgs.br/siteScala/projetoScala/content/caa>>, acesso em: 18 ago. 2013).

³¹⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, **Decision-making capacity in mental health: Exploratory research into the views of people with personal experience**, Dublin: Amnesty International - Ireland, 2009, p. 3.

vezes eles disseram que apesar de se comportarem “inapropriadamente”, ainda eram capazes de tomar decisões.³¹⁸ Situações como as descritas e depoimentos como os apresentados consubstanciam este segundo modelo teórico, ou seja, a tese que a capacidade se perfaz de acordo com a especificidade da decisão e a especificidade do momento.

Outra reflexão que deve sublinhar todo este debate também é aquela de que todos podem tomar más decisões ou fazer escolhas insensatas. Não se trata de particularidade exclusiva às pessoas com deficiência. Trata-se um sistema avaliativo fundado na abordagem de resultados proposta pelo Comitê de Revisão Legal irlandês, que prima pela análise da capacidade legal a partir das decisões em si. Por esta perspectiva, avalia-se a capacidade legal pela análise da razoabilidade da decisão tomada. Nesta perspectiva, a capacidade legal teria o potencial para se tornar uma doutrina que se completa por si só – i.e. *self-fulfilling doctrine* – posto que aqueles que tomarem decisões que são aprovadas terão capacidade e aqueles de tomarem decisões socialmente malquistas serão incapazes. Tratam-se, desta feita, de pressupostos de cunho potencialmente moralista e bastante perigosos do ponto de vista de garantia da liberdade e da autonomia.

A tomada de decisão apoiada, independentemente da abordagem ou modelo teórico, promulga que se deva fundar entre as pessoas com deficiência e indivíduos com os quais mantenham relações de confiança e que os últimos sejam escolhidos por aquelas. Confiança é um elemento essencial neste novo paradigma. A capacidade pode quedar bastante comprometida se a informação não é fornecida por pessoas percebidas como “de confiança” pela pessoa apoiada. Compreende-se que, assim como a densidade da informação e a linguagem acessível, a confiança seria critério determinante no estabelecimento e exercício da capacidade legal.³¹⁹ A Convenção requer que este apoio seja baseado na confiança, no respeito e que não seja exercido de forma contrária à vontade das pessoas com deficiência.³²⁰ Robert Dinerstein aponta que a tomada de

³¹⁸ *Ibid.*, p. 2.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

³²⁰ IDA, International Disability Alliance, **Legal Opinion on Article 12 of CRPD**, International Disability Alliance, disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.internationaldisabilityalliance.org%2Fsites%2Fdisalliance.e->

decisão apoiada pode ser definida como a “série de relacionamentos, práticas, arranjos e acordos [...] desenvolvidos para auxiliar um indivíduo com deficiência a tomar e comunicar decisões.” Neste sentido, o autor aponta que “a forma mais pura de tomada de decisão apoiada dependeria dos sistemas de apoio comunitário, de grupo e apoios chamados naturais (família e amigos).”³²¹ No contexto brasileiro, estes mecanismos têm importância pronunciada. Da Fonseca ressalta que os familiares e cônjuges suportam o maior ônus no apoio às pessoas com deficiência “em razão da precariedade de acesso aos direitos que caracteriza o grupo em comento.”³²²

Entretanto, os vínculos familiares tanto podem garantir direitos como violá-los. A Disability Rights International (DRI) salienta que todo indivíduo com deficiência que desafia autoridades estabelecidas – e.g. governos, profissionais de saúde, assistentes sociais ou membros de sua própria família – encara o risco de ser relegado à institucionalização, de sofrer abuso, abandono ou violência. Risco produz medo e medo afugenta o empoderamento. Tal contexto peculiar exacerba a vulnerabilidade destas pessoas. Neste sentido, a DRI recomenda que se deva examinar, além das leis nacionais, como e quais são os serviços médicos e estruturas sociais disponíveis para as pessoas com deficiência no momento de monitorar a implementação do artigo 12 da Convenção. Por esta razão, acredita a DRI que a real implementação do artigo 12 somente será possível mediante a implementação do artigo 19, que garante o direito à vida independente e à inclusão na comunidade.³²³

A par do reconhecimento do papel desempenhado pela família e pelos laços comunitários, há pessoas que não dispõem de tais estruturas de suporte social à sua disposição e que, ainda assim, não podem ter negado o direito à tomada de decisão apoiada. Independentemente do contexto de suporte social, o texto convencional traz obrigações inescapáveis ao Estado. Ordena-se a criação de mecanismos de tomada de

presentaciones.net%2Ffiles%2Fpublic%2Ffiles%2FlegalOpinionLetterArt12FINAL.doc&ei=3A4QUuasPIWY2gWR3oEg&usg=AFQjCNEZYj6UfhjdWssPqgPclBd_wvNcgw&sig2=b7lqaUVAI-rFe63CIYryOQ&bvm=bv.50768961,d.b2I>, acesso em: 18 ago. 2013.

³²¹ DINERSTEIN, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 4.

³²² DA FONSECA, A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência.

³²³ DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL, **Practical Implementation of Article 12: Why rights under article 12 (Legal Capacity) cannot be fully realized without implementation of article 19 (Community Inclusion): Submitted to the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities**, Washington, DC: Disability Rights International, 2011.

decisão apoio em âmbito extrafamiliar que normalmente se dão através de representantes nomeados pelo Estado, judicialmente ou extrajudicialmente. Países como a Suécia, o Canadá, o Reino Unido, a Alemanha e a Itália já adotam arranjos institucionais neste sentido.³²⁴

No Reino Unido, com a entrada em vigor do *Mental Capacity Act* em 2005, garante-se que um apoio independente seja disponibilizado na forma de “representantes independentes de capacidade mental” – *independent mental capacity advocates* (IMCA) – para aquelas pessoas sem família e amigos e que se enfrentam decisões sobre mudança de acomodação e/ou sobre tratamentos médicos mais sérios.³²⁵ O *Mental Capacity Act* estabelece as seguintes diretrizes: deve se presumir que a pessoa tem capacidade, ao menos que haja sido determinado o contrário; a pessoa não deve ser tratada como incapaz para tomar uma decisão salvo se todos os passos possíveis hajam sido realizados para ajudá-la; a pessoa não deve ser tratada como incapaz de tomar uma decisão simplesmente porque tomou uma decisão insensata. A par destas diretrizes, o dispositivo legal determina que a avaliação se uma pessoa com deficiência será submetida ao apoio se baseia em: primeiro, se a pessoa tem algum impedimento ou transtorno psíquico ou cerebral; segundo, se a pessoa é incapaz de: entender a informação relevante para a decisão, memorizá-la e utilizá-la como parte do processo decisório e em seguida comunicar a decisão seja pela fala, língua de sinais, seja por quaisquer outros meios.³²⁶

A ONG britânica Paradigm, em um guia para apoiadores de decisão do Reino Unido, recomenda que esses se questionem: “Você entende o que é importante para a pessoa e sua comunicação? Você é a pessoa certa para apoiar? A informação que você está fornecendo é relevantes para a decisão? Você está apresentando a informação de uma maneira que ela entenda? Você está lhe dando a informação no local e momento adequados?”³²⁷ Apenas se as respostas forem positivas para todas as perguntas é que o IMCA estaria apto a atuar junto àquela pessoa com deficiência.

³²⁴ DINERSTEIN, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 4.

³²⁵ PARADIGM, **Supported Decision Making: A guide for supporters**, London: HSA Press, 2008, p. 4.

³²⁶ UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, The Cambridge Intellectual & Development Disabilities Research Group, Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities from the Cambridge Intellectual and Developmental Disabilities Research Group, 2011.

³²⁷ PARADIGM, **Supported Decision Making: A guide for supporters**, p. 16.

Assim como no Reino Unido, há iniciativas similares no Canadá e na Itália. No estado canadense de British Columbia há o *Representation Agreement*, um documento legal para planejamento pessoal no qual uma pessoa com deficiência pode autorizar, por instrumento mandatário, apoiadores para ajudar a administrar certas matérias e auxiliar na sua tomada de decisões. Já no ordenamento jurídico italiano, criou-se o instituto do *Amministrazione di Sostegno* através da Lei nº 6 de 2004, a qual perfaz uma alternativa à curatela e à tomada de decisão substituída. O instituto visa assegurar a implementação de um sistema de tomada de decisão apoiada, com a maior independência possível para as pessoas com deficiência.³²⁸

Adicionalmente, Dinerstein propõe, como modelo para a adoção da tomada de decisão apoiada pelos Estados, a eleição e registro de apoiadores. Argui que os governos precisam de um sistema de registro ou banco de dados para salvaguardar àqueles que entrarem em contato com as pessoas com deficiência a fim de firmar negócios jurídicos possam certificar-se que os apoiadores que lhes auxiliam estão habilitados para tanto. Tal sistema também poderia facilitar treinamentos e capacitação destes apoiadores, além de racionalizar a administração deste novo serviço de ordem pública de maneira transparente e democrática.³²⁹

Por fim, impende ressaltar que o raciocínio subjacente à tomada de decisão apoiada *não* é de absoluta negação da tomada de decisão substituída. Visa-se garantir que o indivíduo com deficiência seja primordialmente o tomador de decisões em sua vida. Porém, quando um sujeito com deficiência requisitar este total apoio na modalidade substituída, seu anseio deve ser igualmente respeitado. Assim compreende Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, destacando que deve ser respeitada a capacidade de decisão das pessoas com deficiência, “garantindo-se, entretanto, proteção por meio da tutela ou da curatela em caráter suplementar, tal como ocorre com a interdição parcial prevista no Código Civil Brasileiro.”³³⁰ De toda forma, sublinha Nadina Foggeti sublinha que, até

³²⁸ FOGGETI, Nadina, *Proposal for implementation of Article 12 of CRPD, 2012.*

³²⁹ DINERSTEIN, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 4.

³³⁰ DA FONSECA, A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência.

mesmo quando isso ocorra, o apoiador deve buscar viabilizar o exercício da capacidade legal à maior extensão possível, conforme os desejos da pessoa.³³¹

4.2.4 Nova regulamentação do exercício da capacidade jurídica

O artigo 12 em seu inciso 4 traz uma verdadeira reforma dos institutos de tomada de decisão substituída, que no caso brasileiro se perfaz pela curatela. Trata-se do dispositivo, no artigo 12, de maior extensão e maior rol prescritivo de regras com aplicação objetiva e imediata. Focando em regras e não tanto em princípios, o inciso 4 visa a inclusão de “salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abuso.” Trata-se de uma norma acautelatória, tendo em vista que se fundamenta na ideia de prevenir possíveis malversações do poder *curare* e de abusos envolvendo pessoas com deficiência. Apesar de prioritariamente encarados como limites aos institutos de tomada de decisão substituída, as normas deste inciso também se aplicam solidariamente à tomada de decisão apoiada, na qual o seu exercício deve se reger pelos mesmos princípios e regras ora discutidos.

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 apliquem 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.

A última parte do inciso apresenta ditame de cunho principiológico norteador da aplicação dos demais direitos da matriz acautelatória, a qual prescreve: “As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.” Esta frase consagra o metaprincípio jurídico da proporcionalidade quando da subsunção de quaisquer textos normativos ao caso concreto. Em relação às pessoas com deficiência, a ressalva é bem-vinda posto que realça uma noção de primazia dessas como sujeitos de direito por meio da afetação aos “direitos e interesses da pessoa.”

³³¹ FOGGETI, Proposal for implementation of Article 12 of CRPD.

Nesta perspectiva, a norma preventiva se divide em cinco subdireitos ou obrigações estatais: (i) respeito aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa; (ii) isenção de conflito de interesses e de influência indevida; (iii) proporcionalidade e apropriação às circunstâncias da pessoa; (iv) aplicação pelo menor tempo possível; (v) revisão regular por órgão competente.

Primeiramente, garante-se que se respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, de modo a preservar a mudança de paradigma promulgada pela Convenção, ou seja, a supremacia da autonomia. É defeso o estabelecimento de relações com curadores ou apoiadores em que haja conflito de interesses, ainda que de maneira indireta. Previne-se que possam haver decisões contrárias ao melhor interesse da pessoa com deficiência em benefício do sujeito que deveria lhe apoiar. Igualmente, veda-se o exercício assistido da capacidade legal quando houver influência indevida por parte destas pessoas ou profissionais. Para tanto, deve haver razoável suspeita ou indícios consideráveis de que o apoiador haja incorrido em condutas que visassem tal injusta influência. Esta conduta não será de mais difícil averiguação e conseqüentemente a norma terá uma aplicabilidade mais árdua. Não obstante, sua presença no texto convencional é inovadora e poderá fundamentar muitos pedidos de revisão curatelar.

Deve haver uma proporcionalidade e apropriação das medidas auxiliares ao exercício da capacidade às circunstâncias específicas da pessoa com deficiência, ou seja, não se adotar medidas de tamanho único – i.e. *one size fits all* – para todos os casos. A individualização das medidas curatelares ou apoiadoras faz-se mister nesta nova regulamentação. Neste sentido, a ONG Inclusion International, em resposta ao *call for papers* do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sugeriu que a correta aplicação desta norma deva se dar por meio de medidas que particularizem matérias específicas envolvendo o binômio decisão específica/momento específico, bem como se deve distinguir entre os diferentes tipos de decisão sujeitos à medida, se financeiras ou pessoais, e a extensão das mesmas.³³²

Por fim, elencam-se duas exigências de cunho procedimental às quais a legislação interna deve se adaptar prontamente. Decreta-se que quaisquer medidas

³³² INCLUSION INTERNATIONAL, Submission to the Committee on The Rights of Persons with Disabilities Article 12: Implications of Implementation for People with Intellectual Disabilities.

auxiliadoras da capacidade devam ser aplicadas “pelo período mais curto possível”, portanto não poderão mais ser concedidas medidas incondicionais ou por tempo indeterminado. O tempo mais breve deve ser garantido por decisão que estabeleça um prazo determinado para sua validade ou, *ultima ratio*, coloquem condições objetivas de perfazimento temporal vislumbrável para sua finalização – e.g. a saída de pessoa do estado de coma. A outra norma prescreve que as medidas sejam subordinadas a uma revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial, na dinâmica jurídica brasileira tal órgão seria, indubitavelmente, o Poder Judiciário.

Esta redação do inciso não foi, contudo, livre de críticas. O International Disability Caucus condenou fortemente a terminologia adotada, a qual considerou paternalista e *quase*-curatelar. Expressões como “apropriadas às circunstâncias da pessoa” e “grau proporcional de medidas” podem implicar numa interpretação subjetiva por parte do terceiro apoiador ou curador, e não necessariamente em um contínua observação pela autoridade estatal competente. Além disso, entendem que o termo “proporcional” no contexto do inciso teria um efeito limitante. Em suma, o IDC considerou que o inciso utilizou “uma linguagem de *quasi*-tomada de decisão substituída com roupagem de tomada de decisão apoiada.”³³³

Tamanha resistência a uma linguagem minimamente curatelar tem fundamentos nos excessos observados no exercício do poder *curare*. IDC aduz que as leis de curatela e similares, ao invés de proteger as pessoas com deficiência de abuso, na prática aumentam as chances de abuso. A curatela e institutos de tomada de decisão substituída facilitam a institucionalização; curadores podem facilmente consentir na institucionalização mesmo quando a pessoa se opõe. Nestes regimes, “basta uma decisão judicial para que a pessoa perca o direito de determinar onde morar, de votar, de casar e de abrir um negócio. Tais privações resultam em um modo de vida humilhante e degradante.”³³⁴

³³³ SCHULZE, *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities*, p. 90.

³³⁴ IDC, *Article 9 : Equal Recognition As A Person Before the Law Information Sheet*.

4.2.5 *Direitos Patrimoniais*

Por fim, o quinto inciso do artigo 12 traz uma das mais salutares inovações à seara dos direitos das pessoas com deficiência; salvagam-se seus direitos patrimoniais. Embora se argumente que os direitos patrimoniais estariam garantidos como decorrência da supremacia da autonomia, da igualdade perante a lei e da tomada de decisão apoiada, a práxis jurídica brasileira e estrangeira demonstra que tal presunção não é *juris et de jure*. A esfera dos bens patrimoniais tende a ser a primeira atingida quando da restrição da capacidade legal. Igualmente, trata-se da matéria em que há maior preconceito, *animus* paternalista e julgamento de valor sob a égide da abordagem de resultados.

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.

A fim de se contrapor à visão social vigente, impõe o inciso 5º a obrigação aos Estados Partes de tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar três direitos específicos: (i) direito de possuir ou herdar bens; (ii) controlar as próprias finanças; (iii) ter acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro. Todos esses direitos devem ser gozados em *igualdade* com as demais pessoas. O dispositivo vem tornar expressas presunções possivelmente contestáveis concernentes à garantia de direitos patrimoniais das pessoas com deficiência.

Na parte final do inciso ainda se coloca de forma explícita outra vedação que reforça o direito de possuir e herdar bens assegura-se “que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.” Tal disposição traz uma implicação judicial franca e direta: é defeso restringir quaisquer dos direitos previstos no inciso sem uma decisão judicial devidamente fundamentada e individualizada. A vedação ao caráter arbitrário de supressão aos direitos patrimoniais é imprescindível para se impedir abusos e o aproveitamento ilícito de curadores e apoiadores.

Assim, negar um empréstimo a uma pessoa com deficiência, recusar a abertura de uma conta bancária em seu nome, não cumprir disposição testamentária que

lhe beneficie, e negar registro da venda de imóvel de sua titularidade, realizar quaisquer destas condutas com base somente na deficiência do sujeito figura atualmente como conduta inconstitucional e ensejadora de obrigação de reparação de danos, quando também não ensejar sanção criminal.

4.3 Inconstitucionalidade da Curatela nos moldes atuais

Na ordem jurídica brasileira, o regime de restrição da capacidade se encontra regulamentado nos 17 artigos dispostos no Código Civil de 2002 que regem a curatela. Tal regime jurídico viola a essência teleológica, os princípios e as regras de aplicação imediata do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A curatela é um sistema de tomada de decisão substituída que ignora completamente a vontade e a autonomia dos curatelados, não restringe a matéria sujeita à restrição curatelar, não impõe critérios legais para fundamentação das decisões judiciais, assim como não impõe prazo para a medida, nem determina revisão judicial periódica. Trata-se de um modelo “altamente incapacitante e anti-ressocializador, não se coadunando com as modernas teorias a respeito da reabilitação psicossocial ou com o ideário de inclusão das pessoas com deficiência.”³³⁵

De modo peremptório, pode-se dizer que a Convenção revogou o Capítulo II do Título IV do Livro IV do Código Civil que trata da curatela. Cleide Ramos assevera que no modelo vigente, de substituição da vontade “não se coaduna com o modelo de tomada de decisão assistida adotado pela Convenção.”³³⁶ A autora considera que o diploma convencional demanda uma completa reformulação a qual:

[...] perpassa desde a ruptura com o modelo exclusivamente biomédico, até a incorporação de estratégias de reabilitação baseada na comunidade que possam disseminar que essas pessoas sejam incluídas nas benesses sociais, tornando-se efetivamente sujeitos de direitos em igualdade de condições com os demais, com acesso aos serviços, tecnologias e bens sociais.³³⁷

A posição de Ramos parece acertada. Há uma necessidade imperiosa de reelaborar o capítulo civilista sobre a curatela. O novo paradigma de autonomia e de

³³⁵ RAMOS, Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei, p. 56.

³³⁶ *Ibid.*, p. 55.

³³⁷ *Ibid.*

apoio para o exercício da capacidade civil deve ser assegurado também infraconstitucionalmente. As pessoas com deficiência devem ser apoiadas na expressão de sua vontade e de suas preferências, e não interditadas. Os excessos e abusos do poder *curare* devem ser criminalizados, a exemplo do desvio de patrimônio, rendimentos e benefícios. Ademais, considera-se que as pessoas com deficiência devem ter protagonismo nos processos judiciais e não um papel expectador e qualidade de objeto inerte.³³⁸

A incorporação da Convenção no ordenamento brasileiro com o status equivalente a emenda constitucional garante ao texto convencional todas as prerrogativas hierárquicas das normas constitucionais. Destarte, sob a égide do controle de constitucionalidade, impõe-se que quaisquer normas infraconstitucionais que contradigam os ditames constitucionais são juridicamente contrárias à preservação da supremacia formal e material da Constituição e da coerência de sistema de escalonamento normativo proposto por Kelsen e adotado no Brasil.³³⁹ Assim, reconhecer que a curatela nos moldes atuais viola o bloco de constitucionalidade brasileiro, ordena a submissão de todas as curatelas existentes no país ao regime do controle de constitucionalidade jurisdicional difuso. Além da subordinação do controle de efeitos *inter pars*, caberá igualmente o controle abstrato, caso algum dos legitimados constitucionalmente venha a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal; uma ação desta natureza seria bastante conveniente a fim de eliminar quais dúvidas a respeito do apaziguamento jurisdicional acerca da matéria.

Asseverar que todas as curatelas em vigor estão sob um regime inconstitucional tem sérias consequências casuísticas. Os magistrados com ações de interdição em trâmite ou já julgadas em suas varas têm, a partir da incorporação Convenção em 2008, o dever de garantir as garantias previstas no artigo 12 ao regime *curare*. Do ponto de vista prático, isso importa dizer que todas as curatelas devem ser formal e materialmente revisadas. A esfera de revisão material deve incluir a garantia de que a fundamentação da decisão judicial se perfaça conforme os preceitos; (ii) respeito à vontade e às preferências da pessoa; (iii) seja obrigatoriamente proporcional e apropriada

³³⁸ *Ibid.*, p. 56.

³³⁹ BULOS, *Curso de Direito Constitucional*, p. 107.

às circunstâncias da pessoa; (iv) toda e qualquer restrição aos direitos patrimoniais deve ser particularizada e especificamente fundamentada para isentar a decisão de arbitrariedade. Da perspectiva formal, a revisão processual deve necessariamente impor: (i) que a medida da curatela tenha o menor tempo possível através do estabelecimento de prazos determinados para a sua vigência; (ii) que a medida seja submetida a uma revisão judicial periódica.

Estas mudanças envolvem direitos e garantias individuais constitucionais que detêm a força de efetivação instantânea conforme o parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88, *in verbis*: “Art. 5º [...]§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Não se tratam de direitos de eficácia contida sujeitas às mutações legislativas infraconstitucionais para sua aplicação. O artigo 12 da Convenção está em vigor e se aplica agora. Salienta-se ainda que deve buscar um modelo decisório que, independentemente de futura reformulação infraconstitucional, se assente no binômio especificidade da decisão/especificidade do momento, em consonância com a abordagem funcional e o modelo teórico circunstancial.

4.4 Projeto de Lei nº 2.063 de 2011

Embora fuga ao escopo da presente dissertação a proposição de um regime jurídico inteiramente novo para as possibilidade de restrição da capacidade legal, impende ressaltar uma iniciativa legislativa já proposta no Congresso Nacional. No seio do debate sobre a reformulação do regime de curatela, o Deputado Federal Eduardo Barbosa (PSDB) de Minas Gerais propôs o Projeto de Lei Federal nº 2.063 de 2011.

O Projeto de Lei promove alterações no Código Civil de 2002 “para adequá-lo às disposições do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”. Ademais, consoante à sua justificativa, visa permitir “ao indivíduo com condições intelectuais, cognitivas ou psicossociais reduzidas tomar decisões da vida civil com o apoio de pessoas com as quais mantenha vínculo.”³⁴⁰ A proposição, de fato, sugere

³⁴⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei n. 2.063 de 2011.

valiosas mudanças nos artigos 3º e 4º do Código, que tratam dos absoluta e relativamente incapazes. A seguir se ilustram as mudanças indicadas:³⁴¹

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...]

II - os que, por enfermidade ~~ou deficiência mental~~, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem, por qualquer meio, exprimir sua vontade.

Parágrafo único. A necessidade de utilização de linguagem simplificada, tecnologias assistivas, intérprete e tradutor para expressão da vontade não restringe o exercício da capacidade plena da pessoa.

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

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

~~III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;~~

III - os que não tiverem habilidade de entender o que se propõe, fazer escolhas, compreender as consequências dos seus atos, dar consentimento e expressar suas decisões, mesmo com apoio ao exercício de sua capacidade.

Percebe-se um esforço de desvinculação das terminologias pejorativas e de difícil conceituação, como: “deficiência mental”, “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.” Simultaneamente, recomenda uma redação mais clara, precisa e adequada, notadamente no que tange: aos meios de comunicação – e.g. “os que, mesmo por causa transitória, não puderem, *por qualquer meio*, exprimir sua vontade” e “utilização de linguagem simplificada, tecnologias assistivas, intérprete e tradutor para expressão da vontade.”

Na nova redação alvitrada para o inciso III do artigo 4º codificado adotam-se critérios bem mais objetivos para determinação da incapacidade relativa que em muito se assemelha à prática estrangeira. Dentre as condicionantes, há uma ênfase na abordagem de status. As condicionantes de status seriam: “habilidade de entender o que se propõe”, “fazer escolhas”, “compreender as consequências dos seus atos” e “dar consentimento e expressar suas decisões”. Entende-se que se trata de uma abordagem de status, uma vez que a exegese tende à ótica sobre o indivíduo como estático. Não há previsão que

³⁴¹ Estão em negrito todos os trechos alterados, em tracejado, os trechos a serem suprimidos e, em sublinhado, os trechos adicionados.

concerne à especificidade da decisão e à especificidade do momento, tal qual prevê a abordagem funcional. De modo salutar, a proposição não debandou para uma lógica centrada na abordagem de resultados, que seria um retrocesso de cunho paternalista no ordenamento. Ademais, aplaude-se a inclusão da expressão “mesmo com apoio ao exercício de sua capacidade,” a qual garante importante ressalva de que as faculdades mencionadas devam estar ausentes ainda que se disponibilize apoio para a tomada de decisão. Já especificamente no que concerne às pessoas subordinadas à curatela, o Projeto de Lei propõe alterações da mesma ordem discutida supra.

Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

~~**IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;**~~

IV - as pessoas que não tiverem habilidade de entender o que se propõe, fazer escolhas, compreender as consequências dos seus atos, dar consentimento e expressar suas decisões, quando esgotados outros meios de apoio ao exercício de sua capacidade legal ou não for possível o oferecimento de apoio na forma do art. 1.783-A desta lei.

V - os pródigos.

Inovação mais notável está na condição previamente inexistente, qual seja, “ou não for possível o oferecimento de apoio na forma do art. 1.783-A desta lei.” O artigo 1.783-A seria o principal meio de introdução de um regime de tomada de decisão apoiada na ordem brasileira.

Capítulo III

Da Tomada de Decisão Apoiada

Art. 1.783-A Tomada de Decisão Apoiada é o processo pelo qual a pessoa elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade.

Para. 1º Para formular pedido de Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Para. 2º O pedido de Tomada de Decisão Apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

Para. 3º Antes de pronunciar-se sobre o pedido de Tomada de Decisão Apoiada, o juiz, assistido por especialistas e ouvido o Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

Para 4º A decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

Para 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

Para 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

Para 7º Se o apoiador não adimplir as obrigações assumidas, agir com negligência ou exercer pressão indevida, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

Para 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

Para 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de Tomada de Decisão Apoiada.

Para 10º O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de Tomada de Decisão Apoiada, condicionando seu desligamento à manifestação do juiz sobre a matéria.

Para 11º Aplicam-se à Tomada de Decisão Apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na tutela.

A proposta de tomada de decisão apoiada se baseia na escolha pela pessoa com deficiência de pelo menos duas pessoas de sua confiança para prestar-lhe apoio nos atos da vida civil. Este modelo salvaguarda as relações de confiança, garante o apoio necessário para o exercício da vontade e dá segurança jurídica às relações tendo em vista a autorização judicial para tal atividade de apoio. Respeita-se precipuamente a vontade e as preferências da pessoa tanto no momento de propor a ação de tomada de decisão apoiada, na escolha dos apoiadores – através de sua indicação expressa, bem como na apresentação do termo estabelecido de comum acordo, contando com os limites do apoio a ser oferecido, os compromissos dos apoiadores, o prazo de vigência, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa. Ademais, permite-se que o sujeito apoiado termine a relação de apoio a qualquer momento, mesmo antes do prazo previsto originalmente no termo respectivo.

Os direitos de terceiros também são resguardados, uma vez que a novel legislação asseguraria validade e efeitos para relações contratuais de modo irrestrito – e.g. parágrafo 4º –, além de facultar a assinatura da parte apoiadora para que os terceiros envolvidos tenham maior confiabilidade dos atos negociais firmados. Trata-se de uma proposição legislativa que se coaduna que a mudança de paradigma da deficiência, a qual propugna a supremacia da autonomia. A vontade, os interesses e a limitação temporal da

medida, todos resguardados sob o olhar fiscalizatório do Ministério Público aparenta ser uma adaptação infraconstitucional positiva à luz dos novos ditames constitucionais impostos pela Convenção.

Todavia, o Projeto de Lei nº 2.063 de 2011 não modifica o regime próprio da curatela. A proposta acrescenta um “Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada” no Título IV, que passaria a se intitular “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”, *sem* alterar a substância do regime curatelar vigente. Logo, os vícios inerentes à regulamentação hodierna da curatela permaneceriam e as inconstitucionalidades perdurariam. Não se prevê, para a curatela, nem prazo determinado para a medida nem previsão de revisão periódica pelo Judiciário. De fato, o Deputado Eduardo Barbosa reconhece na justificativa de seu Projeto que “a medida de substituição da vontade aplicável à pessoa com deficiência [...] deve ser o instituto da substituição parcial da vontade, restrita aos aspectos da vida em que, incontestavelmente, mostrar-se necessária a substituição, por um período de tempo determinado e sujeita à revisão regular.”³⁴² No entanto, não recomenda no Projeto de Lei em si nenhuma mudança neste regime. Emendas nestes sentido seria louváveis.

O Projeto de Lei tramita em regime ordinário na Câmara dos Deputados. Até julho de 2013, a última movimentação do projeto havia sido em 6 de setembro de 2011 na mesa da Câmara dos Deputados indicando o seu encaminhamento às Comissões de Seguridade Social e Família e Constituição e Justiça. Na Comissão de Seguridade Social e Família já há parecer favorável da Deputada Federal Rosinha da Adefal (PTdoB) do estado de Alagoas, pela aprovação do Projeto de Lei, mas com emendas. A Deputada aponta problemas similares aos mencionados:

As medidas de apoio devem ser aplicadas por período mais curto de tempo possível e serem passíveis de revisão periódica por autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Em relação a esse último aspecto, o projeto de lei merece complementação.³⁴³

³⁴² CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei n. 2.063 de 2011 Justificativa.

³⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Relatório sobre o Projeto de Lei n. 2.063 de 2011 - Relatora Dep. Rosinha da Adefal**, Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1015961&filename=Parecer-CSSF-01-08-2012>, acesso em: 19 ago. 2013.

Tópico igualmente ressaltado pela Deputada alagoana diz respeito à multidisciplinaridade dos profissionais envolvidos no regime de tomada de decisão apoiada.

Outro aspecto relevante refere-se à participação de especialistas de natureza multidisciplinar no processo de definição dos apoios. Nesse particular, entendo que a redação do §3º do novo artigo 1783-A deva ser complementada a fim de incluir a multidisciplinaridade dos profissionais.³⁴⁴

Em consonância com as críticas tecidas pela relatora do Projeto de Lei, importa destacar que a dinâmica de tomada de decisão apoiada proposta não cria uma política pública abrangente que garanta esta modalidade decisional àqueles que não disponham de “pelo menos duas pessoas” de confiança para lhe apoiarem. O Estado se exime de qualquer responsabilidade no asseguramento de que *todos* os brasileiros, independentemente de condição social, laços familiares ou comunitários, possam gozar do direito à plena capacidade jurídica de modo assistido. Neste sentido, as sugestões de alteração não merecem ser atacadas somente na forma na qual se encontram.

Os problemas de implementação do artigo 12 são sistemáticos. Dinerstein aponta, em análise dos relatórios dos Estados Partes submetidos ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, que muitos governos pensam que os mecanismos de tomada de decisão substituída seriam a mesma coisa que a tomada de decisão apoiada. Apesar de ser um conceito novo na esfera internacional, o regime de tomada de decisão apoiada funciona em alguns países, como o Canadá, há mais de 20 anos. Faz-se necessária a troca de experiências e de captura de sabedoria das sociedades onde o modelo de apoio ao exercício à capacidade jurídica já é uma realidade.³⁴⁵

No relatório do Estado brasileiro ao Comitê da ONU, argui-se que a promulgação da Convenção no direito brasileiro serviu para levantar a discussão sobre o funcionamento de institutos protetivos e curatelaes ainda previstos no Código Civil brasileiro. Por um lado, afirma que “com o tempo, um consenso emergiu que este tipo de

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ DINERSTEIN, Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, p. 7.

recurso judicial deve ser usado com seletividade apropriada a fim de prevenir abusos.³⁴⁶ Por outro, repara-se uma *quasi-mea culpa* sobre os problemas latentes. Argui o relatório que “o Estado necessitará se mobilizar para prover o apoio prescrito na Convenção para assegurar o exercício pleno da cidadania das pessoas com deficiência.”³⁴⁷

Há, inobstante, outros problemas potenciais percebidos para a implementação do artigo 12 da Convenção. A par de o paradigma de supremacia da autonomia ser o corolário ideológico vigente, cabe ressaltar que o modelo social, que sublinha tal concepção, se levado ao extremo de somente levar em conta as barreiras sociais, pode acabar se situando na contramão do melhor interesse das pessoas com deficiência. Preocupa-se que há algumas pessoas que possuem impedimentos tão intrinsecamente limitantes que nenhum apoio, por mais adaptado, sensível e multidisciplinar que seja não poderá habilitá-los para a tomada de decisão de modo autônomo. Para tais indivíduos, uma interpretação extremada do artigo 12, que entenda pela abolição completa dos mecanismos de tomada de decisão substituída, pode vir lhes prejudicar e não empoderar.³⁴⁸ Deve-se apoiar a vontade em uma compreensão mínima sobre a decisão a ser tomada. O que a Convenção garante é um sistema que prima primordialmente pela autonomia e, nos casos excepcionais em que uma dinâmica restritiva da capacidade legal faz-se absolutamente necessária, impõe exigências convencionais – e ora constitucionais – de modo bastante rigoroso para tais restrições.

O Brasil deve buscar meios criativos e alternativos para se opor às práticas conservadoras e assistencialistas nas quais se funda o tratamento dados às pessoas com deficiência nas políticas públicas para implementar o artigo 12 da Convenção em sua inteireza. Cabe pensar em um “Estado experimental” que busque novas maneiras de garantir direitos inovadores e a experimentação permanente conseguida através da participação ativa de seus cidadãos.³⁴⁹ Boaventura de Sousa Santos, assim prevê que as lutas democráticas de agora em diante serão, essencialmente, lutas por desenhos

³⁴⁶ MRE, Ministério das Relações Exteriores, **1st National Report of the Federative Republic of Brazil on Fulfillment of the Provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities**, New York: Ministério das Relações Exteriores. Missão Permanente do Brasil para as Nações Unidas, 2012, parag. 45.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities from the Cambridge Intellectual and Developmental Disabilities Research Group.*

³⁴⁹ SANTOS, Poderá o direito ser emancipatório?, p. 69.

institucionais alternativos. Defende o sociólogo que “há que fazer do Estado um campo de experimentação institucional em que seja possível a coexistência de diferentes soluções institucionais concorrentes entre si, funcionando como experiências-piloto sujeitas à perscrutação permanente por parte de coletivos de cidadãos encarregados da avaliação comparativa dos desempenhos.”³⁵⁰

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 68.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A presente dissertação analisou o regime da capacidade jurídica das pessoas com deficiência sob a égide da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e avaliou que os direitos nelas dispostos estão atualmente elevados à estatura de normas constitucionais. Adoção do procedimento promulgado pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1998, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, permitiu tal soerguimento hierárquico. As implicações deste fato novo são bastante profícuas.

Argumenta-se que a Convenção, no seu artigo 12, impediria a supressão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência, revogando o modelo ainda vigente no Código Civil de 2002, exceto em situações excepcionalíssimas. Ao dispor que as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica nas mesmas bases que as demais pessoas, a Convenção avança e impede a supressão da capacidade civil da pessoa com fulcro na sua deficiência. De modo pragmático, esta colocação implica na derrogação da curatela. Neste sentido, o argumento central é que, devido ao status constitucional dos direitos trazidos pela Convenção, as disposições infraconstitucionais do Código Civil – e outras leis ordinárias – que tratam da curatela dentro do paradigma da assistência e da substituição se tornariam inconstitucionais.

O regime de tomada de decisão substituída ou curatela, regulamentado pelos artigos 1.767 a 1.783 do Novo Código Civil brasileiro encontra-se, em grande parte, derrogado. A dinâmica vigente, na qual há fraquíssimas exigências de fundamentação das decisões judiciais, há dispensa de individualização das medidas de acordo com o binômio especificidade da decisão/especificidade do momento e descaso quanto à subtração completa ou a restrições à plena capacidade legal, se encontra peremptoriamente eliminada do ordenamento nacional. Outras graves questões também podem ser levantadas. A curatela não tem prazo, nem para encerrar, nem para ser revisada pelo magistrado. Abusos só são reportados caso terceiros se inteirem, posto que não há um

acompanhamento judicial do bem-estar do curatelado e do cumprimento das determinações judiciais após a sentença. Estes extensivos poderes sobre a pessoa com deficiência podem ser exercidos à revelia de sua vontade e de sua opinião e mesmo sem qualquer monitoramento pelo poder público.

No lugar deste sistema violador de direitos, impõe-se um regime assentado sobre o princípio da supremacia da autonomia individual, da absoluta garantia de observância da vontade e das preferências da pessoa, da limitação temporal e material das medidas restritivas, além de instituir a tomada de decisão apoiada e enaltecer, à seara de direitos constitucionais, uma série de direitos patrimoniais referentes à propriedade, à gestão financeira e ao acesso ao crédito bancário.

Ao se adotar alternativas menos restritivas, as reformas da capacidade legal refletem uma desconfiança do suposto exercício protetor da autoridade *parens patriae* do Estado. Almejam, deste maneira, limitar o poder estatal em prol da autonomia individual. Há, deste modo, uma verdadeira mudança de paradigma da deficiência. Não se trata mais de um assunto relegado ao assistencialismo benevolente e à caridade. Autonomia e empoderamento das pessoas com deficiência para atuar em igualdade de condições com as demais pessoas são hoje *direitos fundamentais*, os quais hão de ser promovidos, protegidos e assegurados pelo Estado.

A par das obrigações estatais, a sociedade civil possui um papel imprescindível em pressionar as autoridades executivas, legislativas e judiciárias para o seu cumprimento. Similarmente, impende-se provocar um amplo debate na sociedade para que se superem preconceitos, o estigma da tragédia relacionado à deficiência e a percepção de *coitadinho*.

A capacidade legal supostamente neutra e formalmente equitativa, de fato não o é. Tradicionalmente, propugnou-se como o padrão de capacidade somente a homens brancos e sãos. O conceito de capacidade legal foi, desta feita, utilizado historicamente no Brasil como medida excludente em relação a minorias, como às mulheres e aos indígenas. A exclusão histórica de categorias inteiras de indivíduos da participação no sistema legal deixou um legado de desigualdades institucionalizadas que ainda tomarão muitos anos de lutas pelo movimento que reivindicam os direitos das pessoas com deficiência para ser sobrelevado.

A garantia do direito à plena capacidade jurídica também não se restringe à vida juridicamente civil. A capacidade jurídica envolve todas as esferas da vida humana e pressupõe direitos e obrigações em condições de exercício regular da cidadania. Constrói-se a subjetividade dos indivíduos com base nesta capacidade. Ter direito a ter direitos. Rotulação de incapaz penetra a percepção social sobre as pessoas com deficiência limitando uma visão holística centrada no indivíduo e não simplesmente na deficiência que essa possui.

A lógica da incapacidade muitas vezes transpassa a percepção das próprias pessoas com deficiência sobre si mesmas, que não se veem como sujeitos de direitos, empoderados na sociedade e com possibilidades latentes para atingir seu máximo potencial. Mudar o sistema jurídico vigente no Brasil no que concerne à capacidade civil seria muito mais do que alterar ou revogar leis por mandamentos de ordem constitucional-hierárquica, trata-se de uma verdadeira revolução na ótica social e pessoal sobre o que são pessoas com deficiência, qual o seu papel e potencial na sociedade e como podem estar juntas na construção de uma sociedade igualitária dentro da diversidade humana.

Embora a capacidade legal esteja longe de ser o único desafio enfrentado pelas pessoas com deficiência, ele talvez seja o mais árduo. As barreiras constitutivas da deficiência abundam em termos de ausência de acessibilidade física, ambientes urbanos despreparados, sistemas de transporte público deficitários e provisão insuficiente de instrumentos assistivos como órteses, próteses e sondas. Enquanto tais problemas são abordados por meio de políticas públicas relacionadas à construção civil, à regulamentação das concessionárias de serviços públicos e ao adequado fornecimento de aparelhos assistivos, e têm uma implementação objetiva, as mudanças do ideário social vigente, dos preconceitos, da discriminação, do tratamento incapacitante na vida pública e a negação de direitos impõem esforços que transbordam a aplicação de regulamentos normativos. Conscientização sobre estes direitos e sua observância casuística pelas pessoas com deficiência, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela sociedade civil torna-se imprescindível. Apesar dos muitos responsáveis, a transposição das barreiras atitudinais somente será realizada por meio de uma cultura de corresponsabilidade.

Criar mecanismos de tomada de decisão apoiada que garantam a autonomia da vontade e que se baseiem em relações de confiança é também tarefa complexa. Não está no escopo desta dissertação propor um regime novo e pormenorizadamente detalhado para a garantia da plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, no entanto cabe asseverar que tal novel regime deve se submeter aos princípios que alicerçam a Convenção e que se afirmem enquanto uma ferramenta jurídica efetiva para a implementação da mudança de paradigma propugnada.

Este trabalho apresenta-se como um pontapé inicial na temática a fim de aguçar a curiosidade acadêmica, jurisprudencial e no campo das políticas públicas. A dissertação vem trazer uma reflexão jurídica sobre os efeitos da constitucionalização do direito à plena capacidade jurídica das pessoas com deficiência, de modo a fornecer subsídios para uma reformulação das iniciativas legislativas em trâmite e a consubstanciar a argumentação jurídica em ações judiciais que visem desde logo questionar e invalidar interdições inconstitucionais vigentes. A partir desta dissertação há muitos questionamentos a serem feitos, doutrina a ser revisada, leis a serem expressamente revogadas, preconceitos quebrados e muitas mentes transformadas.

Uma abordagem da deficiência centrada nos direitos humanos acarreta o empoderamento dos sujeitos, ainda que de forma apoiada, a gozar de todos os direitos em igualdade de condições com as demais pessoas. Empoderamento significa não aceitar “não” como resposta, não aceitar injustiças, não admitir que nada seja feito diante delas, que obrigações não sejam cumpridas, que pessoas sejam coitadas. Colocar os direitos das pessoas com deficiência no patamar de direitos humanos implica lutar por uma mudança social profunda. Lutar pelo direito a ter direitos, a ser *pessoa* antes e acima de tudo.

REFERÊNCIAS

ABA, American Bar Association. *Compulsive Behaviors*. Disponível em: <http://www.americanbar.org/groups/lawyer_assistance/resources/compulsive_behaviors.html>. Acesso em: 8 ago. 2013.

ADVOCACY FOR INCLUSION. *Supported Decision Making ,Legal Capacity and Guardianship Implementing Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Australian Capital Territory*. Canberra: Advocacy for Inclusion, 2012. Disponível em: <http://www.advocacyforinclusion.org/publications/supported_decision_making_legal_capacity_and_guardianship2012final.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

AFAO, Australian Federation of Aids Organisations Inc. *Inquiry into access to planning options and services for people with disability*. . [S.l: s.n.], 2013. Disponível em: <http://www.pc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/101980/sub378.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.

AMIRALIAN, Maria LT *et al*. Conceituando deficiência. *Revista de Saúde Pública*, v. 34, n. 1, p. 97–103, fev. 2000. Acesso em: 10 jul. 2013.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Decision-making capacity in mental health: Exploratory research into the views of people with personal experience*. . Dublin: Amnesty International - Ireland, 2009. Disponível em: <<http://www.amnesty.ie/reports/decision-making-capacity-mental-health-exploratory-research-views-people-personal-experience>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Interdição e Curatela*. . Superior Tribunal de Justiça: [s.n.]. Disponível em: <http://www.civel.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2013. , 11 jul. 2005

ANNONI, Danielle; CORREIA, Theresa Rachel Couto. Jurisdição e Competência no Cumprimento de Sentença Interamericana pelo Brasil: Análise do Decreto 6.185/2007. *Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 1, p. 197–221, 2010. Acesso em: 10 out. 2012.

APA, American Psychiatric Association. *Intellectual Disability*. Disponível em: <<http://www.dsm5.org/Documents/Intellectual%20Disability%20Fact%20Sheet.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

ARANHA, Maria Salete Fábio. *Inclusão Social e Municipalização*. . [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcape.edunet.sp.gov.br%2Ftextos%2Ftextos%2F10.doc&ei=emLdUb6BOPk49gSk9oC4DA&usg=AFQjCNEdPdR8YsbXmoNP52dYuMceO2xCTA&sig2=6JCoLivXCqOGtYfKCUj_Xw&bvm=bv.48705608,d.eWU>. Acesso em: 8 nov. 2012. , [S.d.]

ARENDDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. [S.l.]: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.

ATLAS COUNCIL. *Contribution to the CRPD call for submissions on Draft of General Comments – ARTICLE 12 – Equal recognition before the law*. . [S.l.]: Atlas Council, 2011.

BALLONE, G. J. *Deficiência Mental*. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=29>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e Efetividade do Direitos à Liberdade. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - IBDH*, v. 2, n. 2, p. 100–109, 2001. Acesso em: 30 nov. 2012.

BATISTA, Vanessa O.; RODRIGUES, Luciana B. F.; PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. *Anais XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília: CONPEDI, 2008. p. 4000–4031. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_959.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

Boaventura de Sousa Santos - A cidadania a partir dos que não são cidadãos. . Coimbra: [s.n.]. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=uhhI72rKxt8&feature=youtube_gdata_player>. Acesso em: 19 jul. 2013. , 31 mar. 2012

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/4192455/Curso_de_Direito_Constitucional_-_7a_Ed.2012/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto>. Acesso em: 27 jul. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. 204. PRC Projeto de Resolução da Câmara de Deputados n 204/2005 - Altera o Regimento Interno da Câmara dos Deputados dispondo

sobre o rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos. , 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=276829>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 2.063 de 2011. , 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C7869F597DE3038B904B3A1D0DA53125.node1?codteor=910182&filename=PL+2063/2011>. Acesso em: 20 jul. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório sobre o Projeto de Lei n. 2.063 de 2011 - Relatora Dep. Rosinha da Adefal*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1015961&filename=Parecer-CSSF-01-08-2012>. Acesso em: 19 ago. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. *XXXIII Curso de Derecho Internacional, El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*. p. 407–490, 2007. Acesso em: 22 nov. 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos - IBDH*, v. 2, n. 2, p. 14–35, 2001. Acesso em: 30 nov. 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor - safE, 1997. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2006.

CAOPIPPD, Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. *Diferentes Deficiências e seus Conceitos - CAOP de Defesa dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. Disponível em: <<http://www.ppd.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=17>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

CESCR, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. *General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (Annex IV)*. . [S.l.]: ONU. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en>. Acesso em: 10 out. 2012. , 1994

CHARLTON, James I. *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*. [S.l.]: University of California Press, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 14. ed. São Paulo: Atica, 2010.

COMITÊ AD HOC SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Committee negotiating convention on rights of disabled persons concludes current session. Chairman Says Draft Convention Sets Out "Detailed Code Of Implementation and Spells Out How Individual Rights Should Be Put into Practice"*. Disponível em: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/soc4680.doc.htm>>.

CRPG, Centro de Reabilitação Profissional de Gaia; ISCTE, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. *Mais Qualidade de Vida para as Pessoas com Deficiências e Incapacidades – Uma Estratégia para Portugal*. Vila Nova de Gaia: Centro de Reabilitação Profissional de Gaia, 2007.

DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. *A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência*. Disponível em: <<http://styx.nied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DINERSTEIN, Robert. Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road from Guardianship to Supported Decision-Making. *Human Rights Brief*, v. 2, 6 abr. 2012. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2040938>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL. *Practical Implementation of Article 12: Why rights under article 12 (Legal Capacity) cannot be fully realized without implementation of article 19 (Community Inclusion): Submitted to the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. . Washington, DC: Disability Rights International, 2011.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, v. 10, n. 90, p. 1–34, maio 2008. Acesso em: 12 out. 2012.

FARIA, Elaine Marinho. *Os Efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos*. 2009. 80 f. Monografia na Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo – Câmara dos Deputados. Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento. Programa de Pós-Graduação, Brasília, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5746/efeito_emenda_faria.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 jun. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. Disponível em: <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/30.-%20Derechos%20Y%20Garantias%20%28La%20Ley%20Del%20Mas%20Debil%29%20-%20Ferrajoli.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

FIGUEIREDO, Isabela Ribeiro De; FANAN, Miriam Tridico. *As inovações do instituto da curatela no Novo Código Civil*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Miriam_Tridico_Fanan/inovacoes.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2013.

FITZMAURICE, Gerard. The Foundations of The Authority of International Law and The Problem of Enforcement. *The Modern Law Review*, v. 19, n. 1, p. 1–13, 1956. Acesso em: 21 jul. 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. Derechos humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia. p. 49–68, 2006. Acesso em: 11 jul. 2013.

FOGGETI, Nadina. *Proposal for implementation of Article 12 of CRPD*. . [S.l.]: University of Bari. , 2012

GABSCH, Rodrigo d’Araujo. *Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil: Possíveis opções para acelerar o seu processo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão - FUNAG, 2010. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Aprovacao_interna_de_tratados_pelo_brasil.pdf>.

GARCIA, Alex. *Comunicar é preciso: Os Meios de Comunicação do Surdocego*. Disponível em: <<http://www.agapasm.com.br/artigo003.asp>>. Acesso em: 8 ago. 2013.
GERGEN, Kenneth J. *An Invitation to Social Construction*. [S.l.]: SAGE, 2009.

GERHART, Kenneth A. *et al.* Quality of Life Following Spinal Cord Injury: Knowledge and Attitudes of Emergency Care Providers. *Annals of Emergency Medicine*, PMID: 8161051, v. 23, n. 4, p. 807–812, abr. 1994. Acesso em: 30 jul. 2013.

GROCE, Nora *et al.* Disability and Poverty: the need for a more nuanced understanding of implications for development policy and practice. *Third World Quarterly*, v. 32, n. 8, p. 1493–1513, 2011. Acesso em: 4 ago. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade Vol. 1*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 4a. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. Disponível em: <http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/126934/Direito_e_Democracia_Entre_Facticidade_e_Validade_Vol.1_Col.Biblioteca_Tempo_Universitario_101/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto>. Acesso em: 19 jul. 2013. (Biblioteca Tempo Universitário 101).

HARRIS, Alison; ENFIELD, Sue; GB, Oxfam. *Disability, Equality, and Human Rights: A Training Manual for Development and Humanitarian Organisations*. [S.l.]: Stylus Pub Llc, 2003.

HOLMES. *Buck v. Bell (HOLMES, J., Opinion of the Court)*. U.S. [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0274_0200_ZO.html>. Acesso em: 30 jul. 2013. , 2 maio 1927

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. [S.l.]: W. W. Norton & Company, 2000.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *IBGE | Você Sabia? | Datas Comemorativas - Dia Internacional da Pessoa Portadora de Deficiência*. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/voce-sabia/calendario-7a12/event/57-dia-internacional-da-pessoa-portadora-de-deficiencia>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

IDA, International Disability Alliance. *International Disability Alliance - About us*. Disponível em: <<http://www.internationaldisabilityalliance.org/en>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

IDA, International Disability Alliance. *Legal Opinion on Article 12 of CRPD*. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.internationaldisabilityalliance.org%2Fsite%2Fdisalliance.e-presentaciones.net%2Ffiles%2Fpublic%2Ffiles%2FLegalOpinionLetterArt12FINAL.doc&ei=3A4QUuasPIWY2gWR3oEg&usg=AFQjCNEZYj6UfhjdWssPqgPclBd_wvNcgw&sig2=b7lqaUVAI-rFe63CIYryOQ&bvm=bv.50768961,d.b2I>. Acesso em: 18 ago. 2013.

IDC, International Disability Caucus. *Article 9 : Equal Recognition As A Person Before the Law Information Sheet*. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/art9.htm>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

IMRIE, Rob. *Disability and the City: International Perspectives*. [S.l.]: SAGE, 1996.

INCLUSION INTERNATIONAL. *Submission to the Committee on The Rights of Persons with Disabilities Article 12: Implications of Implementation for People with Intellectual Disabilities*. . [S.l.: s.n.]. , 2010

JACQUÉ, Jean-Paul. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: Dalloz, 2006.

JAUME, Lucien. Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme. *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, v. n° 85, n. 1, p. 21–29, 1 jan. 2005. Acesso em: 24 jul. 2013.

JHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito - 24ª Ed. 202011*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <[http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/3534605/A Luta Pelo Direito - 24ª Ed. 202011/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto](http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/3534605/A_Luta_Pelo_Direito_-_24ª_Ed.202011/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

JOHNSON, Mary. *Make Them Go Away: Clint Eastwood, Christopher Reeve and the Case Against Disability Rights*. 1. ed. [S.l.]: The Advocado Press, Inc., 2003.

KANTER, Arlene S. *The Law: What's Disability Studies Got to Do with It or an Introduction to Disability Legal Studies*. SSRN Scholarly Paper, nº ID 1822439. Rochester, NY: Social Science Research Network, 25 abr. 2011. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1822439>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

KAYESS, Rosemary; FRENCH, Phillip. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1–34, 1 jan. 2008. Acesso em: 17 jul. 2013.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. [S.l.]: The Lawbook Exchange, Ltd., 1952.

KETT, Maria; LANG, Raymond; TRANI, Jean-Francois. Disability, development and the dawning of a new convention: A cause for optimism? *Journal of International Development*, v. 21, n. 5, p. 649–661, 2009. Acesso em: 17 jul. 2013.

KNAUER, Nancy J. Defining Capacity: the Competing Interests of Autonomy and Need. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, v. 12, p. 321, 2003. Acesso em: 30 jul. 2012.

KOCH, Ida Elisabeth. From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: ARNARDÓTTIR, ODDNÝ MJÖLL; QUINN, GERARD (Org.). *The UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*. Leiden: IDC Publishers, 2009. p. 67–77.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. [S.l.]: Manole, 2005.

LÁNCOS, Petra Lea. *The Nature of Community Law – in the light of the development in the case law of the European Court of Justice*. Disponível em: <<https://jak.ppke.hu/hir/ias/200612sz/o1.doc>>. Acesso em: 14 maio 2010.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. [S.l.]: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

LEE, Elizabeth Höller. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Âmbito Jurídico*, Internacional. v. 97, n. Ano XV, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170>. Acesso em: 12 jul. 2013.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 30, n. 59, p. 43–60, 2009. Acesso em: 23 jul. 2013.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. *A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>. Acesso em: 10 out. 2012.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade*. 2009. 229 f. Dissertação de Mestrado em Direito – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

MACURDY, Allan H. Disability Ideology and the Law School Curriculum. *Boston University Public Interest Law Journal*, v. 4, p. 443, 1995 1994.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Clássica Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Disponível em: <[/scripts/resenha/resenha.asp](http://www.resenha.com.br/scripts/resenha/resenha.asp)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

MAIA, Luciana Maria; CAMINO, Cleonice; CAMINO, Leoncio. Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho: Uma Análise do Preconceito a partir das Concepções de Profissionais de Recursos Humanos. *Pesquisas e Práticas Psicossociais*, v. 6-I, p. 78–91, jul. 2011. Acesso em: 7 out. 2013.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Apresentação. In: DE RESENDE, ANA PAULA CROSARA DE; VITAL, FLAVIA MARIA DE PAIVA (Org.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.governoeletronico.gov.br%2Fbiblioteca%2Fquivos%2Fa-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada&ei=WqTcUY21FIj09gTb4CQDg&usq=AFQjCNG50EhnEAoLkKbnUUzZhAb4Ix1IhA&sig2=XTCzr11rA0zo418vXyRgFA&bvm=bv.48705608,d.eWU>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

MALIK, Charles. Human Rights in the United Nations. *International Journal*, v. 6, p. 275, 1951-1950.

MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política: Teoria da Democracia*. Tradução Martonio Mont'Alverne Barreto; Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Disponível em: </scripts/resenha/resenha.asp>. Acesso em: 19 jul. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, v. 167, n. 42, p. 93–114, ago. 2005. Acesso em: 7 jul. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS*, v. 9, n. 12, p. 235–276, 2009. Acesso em: 23 jul. 2013.

MEC, Ministério da Educação. *Declaração de Salamanca sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais durante a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais*. [S.l.]: MEC. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012. , 1994

MÉGRET, Frédéric. The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights. *The International Journal of Human Rights*, v. 12, n. 2, p. 261–278, 2008. Acesso em: 17 jul. 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*, n. 23, set. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Série Pensando o Direito - Direitos Humanos (integral)*. Série Pensando o Direito - Direitos Humanos, nº 05/2009 (versão integral). Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos, [S.d.]. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={51E304F4-3FD5-4802-80CA-02E66F5D857B}&ServiceInstUID={0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1}>. Acesso em: 10 out. 2012a.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Série Pensando o Direito - Direitos Humanos (publicação)*. Série Pensando o Direito - Direitos Humanos, nº 04/2009 (versão publicação). Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos, [S.d.]. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={8D3AD537-8ADC-4787-AD76-AB95157682F1}&ServiceInstUID={0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1}>. Acesso em: 10 out. 2012b.

MRE, Ministério das Relações Exteriores. *1st National Report of the Federative Republic of Brazil on Fulfillment of the Provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. . New York: Ministério das Relações Exteriores. Missão Permanente do Brasil para as Nações Unidas, 27 maio 2012.

NOTÍCIAS STF. *STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

O POVO ONLINE. *Bixa Muda faz exame de sanidade mental*. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/politica/2012/07/26/noticiaspoliticass,2886366/bixa-muda-faz-exame-de-sanidade-mental.shtml>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

OHCHR, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Comité de los derechos de las personas con discapacidad*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2012.

OLIVER, Mike. *The individual and social models of disability*. . Leeds: [s.n.]. Disponível em: <<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Oliver-in-soc-dis.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2013. , 23 jul. 1990

OMS, Organização Mundial de Saúde. *Classificação Internacional de deficiências, incapacidades e desvantagens: um manual de classificação das conseqüências das doenças (CIF)*. . [S.l.: s.n.]. Disponível em: <http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012. , 2003

OMS, Organização Mundial de Saúde. *What is being done to improve the daily lives of people with disabilities?* Disponível em: <<http://www.who.int/features/qa/16/en/index.html>>. Acesso em: 3 ago. 2013.

ONU, Assembleia Geral. *United Nations Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities adopted by General Assembly Resolution n. A/RES/48/96*. . [S.l.]: ONU. , 1993

ONU, United Nations Treaty Collection. *Convention on the Rights of Persons with Disabilities - Status*. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 8 jul. 2013.

PARADIGM. *Supported Decision Making: A guide for supporters*. London: HSA Press, 2008. Disponível em: <<http://www.paradigm->

uk.org/Resources/9/2/9/Supported%20Decision%20Making%20%28Final%20Online%20Version%29.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

PAULA, Bruna Vieira De. *Entrevista sobre a atuação do Brasil na temática de Direitos Humanos na ONU*. . [S.l: s.n.]. , 17 jul. 2013

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil Vol. V - Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V.

PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. Psicopatia e reforma psiquiátrica brasileira: o que fazer com o psicopata frente o movimento antimanicomial? *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 33, n. 1, p. 51–71, 2013. Acesso em: 21 ago. 2013.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, v. 2, n. 1, p. 20–33, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em: <[http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/4891623/Direitos Humanos e Justiça Internacional](http://www.livrariasaraiva.com.br/produto/4891623/Direitos_Humanos_e_Justiça_Internacional) - 4^a Ed. 2013/?pac_id=120552&utm_source=midias_sociais&utm_medium=facebook&utm_campaign=smo_produto>. Acesso em: 19 jul. 2013.

QUEIROZ, Marco Antonio De. *Navegação Via Teclado e Leitores de Tela*. Disponível em: <<http://www.acessibilidadelegal.com/33-leitores.php>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

RAMOS, Cleide. Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei. In: DE RESENDE, ANA PAULA CROSARA DE; VITAL, FLAVIA MARIA DE PAIVA (Org.). *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.governoeletronico.gov.br%2Fbiblioteca%2Farquivos%2Fa-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada&ei=WqTcUY21Fj09gTb-4CQDg&usq=AFQjCNG50EhnEAoLKkbnUUzZhAb4Ix1IhA&sig2=XTCzr11rA0zo418vXyRgFA&bvm=bv.48705608,d.eWU>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*. 2007. 201 f. Dissertação de Mestrado em Direito – PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS - PUC/MG, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2013.

ROMERO, Graciela. *Reflexiones acerca de la exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*. Disponível em: <http://www.choike.org/documentos/desc_romero.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, p. 3–76, maio 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, p. 7–34, 2001.

SASSAKI, Romeu. _____ Como chamar as pessoas com deficiência? *Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos*. São Paulo: RNR, 2003. p. 12–16. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/17.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

SCHULZE, Marianne. *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities - A Handbook on Human Rights of Persons With Disabilities*. 3. ed. New York: Handicap International, 2010. Disponível em: <http://www.handicap-international.org.uk/Resources/Handicap%20International/PDF%20Documents/HI%20Associations/UnderstandingCRPD_2010.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

SENADO FEDERAL. 29. PRS - Projeto de Resolução do Senado n. 29 de 2008 - Regimento Interno do Senado Federal para estabelecer rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos. , 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=85679>. Acesso em: 20 jul. 2013.

SHAKESPEARE, T. Debating disability. *Journal of Medical Ethics*, PMID: 18156512, v. 34, n. 1, p. 11–14, 1 jan. 2008. Acesso em: 17 jul. 2013.

SHAKESPEARE, Tom. Disability, Identity and Difference. In: BARNES, COLIN; MERCER, GEOFFREY (Org.). *Exploring the Divide: Illness and Disability (Chapter 6)*. [S.l.]: Disability Press, 1996. p. 94–113. Disponível em: <<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Shakespeare-Chap6.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SIEBERS, Tobin. Disability and the Right to Have Rights. *Disability Studies Quarterly*, v. 27, n. 1/2, 15 mar. 2007. Disponível em: <<http://dsq-sds.org/article/view/13>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

STEIN, Michael Ashley; LORD, Janet E. Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: ARNARDÓTTIR, ODDNÝ MJÖLL; QUINN, GERARD (Org.). *The UN Convention on the Rights of Persons With Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*. Leiden: IDC Publishers, 2009. p. 17–40.

TANDON, Rajiv. Schizophrenia and other Psychotic Disorders in DSM-5. *Clinical schizophrenia & related psychoses*, PMID: 23538289, v. 7, n. 1, p. 16–19, abr. 2013.

UFRGS, Projeto SCALA - Sistema de Comunicação Alternativa para Letramento de Pessoas com Autismo. *Comunicação aumentativa e alternativa (CAA) | Projeto SCALA*. Disponível em: <<http://scala.ufrgs.br/siteScala/projetoScala/content/caa>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

UN ENABLE, Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). *The United Nations and Persons with Disabilities Chronology: 1980's - present*. Disponível em: <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=125>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, A Ciência e a Cultura. *The Salamanca Statement and Framework for Action on Special Needs Education during the World Conference on Special Needs Education: Access and Quality*. . [S.l.]: UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000984/098427eo.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012. , 1994

UNFPA, United Nations Population Fund. *The Human Rights-Based Approach*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/rights/approaches.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, The Cambridge Intellectual & Development Disabilities Research Group. *Submission to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities from the Cambridge Intellectual and Developmental Disabilities Research Group*. . [S.l.]: University of Cambridge. , 12 jul. 2011

UNIVERSITY OF MINNESOTA. *Ratification of International Human Rights Treaties - Brazil*. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/ratification-brazil.html>>. Acesso em: 1 jul. 2013.

UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia: Un jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. *Red de Escuelas Sindicales*, p. 1–35, 2005. Acesso em: 5 out. 2013.

VARGAS, Faculdade Getúlio; BRASIL, Fundação Banco Do. *Retratos da deficiência no Brasil*. . [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.cps.fgv.br/cps/deficiencia_br/PDF/PPD_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

VAŠÁK, Karel. *The International dimensions of human rights*. [S.l.]: Greenwood Press, 1982.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Vol. I - Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006a. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Vol. V - Direito de Família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006b. v. V.

VIEGAS, Carlos Alberto Carmo. Convenção 158 da OIT- Breves considerações sobre sua aplicabilidade e consequências - Trabalho - Âmbito Jurídico. *Revista Âmbito Jurídico*, v. XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7936&revista_caderno=25>. Acesso em: 26 jul. 2013.

VIEIRA, Patrícia Ruy. A Interdição Civil no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 826, p. 93–116, 2004.

WENDELL, Susan. *The Rejected Body: Feminist Philosophical Reflections on Disability*. [S.l.]: Routledge Chapman & Hall, 1996.

ANEXOS

- **Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 - Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Texto Completo)**
- **Projeto de Lei nº 2063 de 2012 – Tomada de Decisão Apoiada**