



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E MONOGRAFIA
JURÍDICA

DIOGO DA SILVA PORTELA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (DECRETO Nº 6.949/2009)

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Federal do Ceará

Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

P877a Portela, Diogo da Silva.

Análise do instituto da curatela à luz da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (decreto nº 6.949/2009) / Diogo da Silva Portela. – 2013.

124 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientação: Prof. Dr. Joyceane Bezerra de Menezes .

1. Pessoas portadoras de deficiência. 2. Direito humanos. I. Menezes, Joyceane Bezerra de. (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 341.48

DIOGO DA SILVA PORTELA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (DECRETO Nº 6.949/2009)

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Professora Doutora Joyceane
Bezerra de Menezes

FORTALEZA

2013

DIOGO DA SILVA PORTELA

ANÁLISE DO INSTITUTO DA CURATELA À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS
DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (DECRETO Nº 6.949/2009)

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Civil.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Joyceane Bezerra de Menezes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Ms. Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

José Ivan Rodrigues de Sousa Filho
Mestrando na Universidade Federal do Ceará (UFC)

Às pessoas que se sentem diferentes,
deslocadas e perdidas.

AGRADECIMENTOS

Minha ideia inicial era não realizar nenhum agradecimento, já que se trata de um elemento opcional. Depois de refletir um pouco mais, achei melhor fazê-los (os agradecimentos) e, então iniciei a escrever nomes de pessoas queridas que, de alguma forma, contribuíram para meu aperfeiçoamento (se é que eu melhorei), tanto acadêmico quanto humanístico. Deparei-me com uma lista enorme, que, com toda certeza, pecaria por alguma omissão importantíssima. Preconizando a concisão, agradecerei por grupos, sem me esquecer de ressaltar alguns nomes que devem, obrigatoriamente, ser citados. O método não deixa de ser falho, mas me poupa algumas preocupações.

Primeiramente, agradeço, à minha família, pelo suporte e pelo esforço.

À Prof^a. Joyceane, minha orientadora, tanto no âmbito acadêmico quanto nos demais campos da vida. Eu, provavelmente, não estaria me formando sem sua ajuda.

Aos membros da banca, pela disponibilidade e pela prestatividade.

Ao quarteto fantástico do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, gestão “C.A. de Todos”, amigos leais e pessoas extraordinárias: Isaac Rodrigues Cunha, Alexandre Batista, Rafael Franco Castelo Branco Carvalho e Ubirajara Fontenele.

Aos colegas e amigos, alunos e ex-alunos do Curso Pré-Vestibular Paulo Freire pelo trabalho e pelo esforço que empregam em suas atividades, transformando, magicamente, a Faculdade de Direito em um ambiente totalmente distinto nos finais de semana.

Aos amigos da Faculdade de Direito, dentre os quais destaco Thiago Brito, Luís Paulo Pontes e Camila Aquino, sempre atentos às minhas preocupações e sempre dispostos a me dar um conselho, mesmo que inútil.

À Des^a. Francisca Adelineide Viana e sua equipe, pelo aprendizado.

Ao Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes e sua equipe, pelas discussões mais profícuas, sejam jurídicas, artísticas, literárias ou cotidianas.

Aos membros e amigos do Centro Acadêmico Clóvis Beviláqua, gestão “Pensar e Agir”, bem como àqueles da chapa “Fazendo Acontecer”, pelos momentos felizes.

Aos professores que ajudaram em minha formação, especialmente Edinardo Queiroz, exímio estimulador, à sua própria maneira, do pensamento livre e independente.

Aos amigos que a vida distanciou, mas que não perderam meu apreço.

Às Flores e às Pedras no caminho.

Não, não vou por aí! Só vou por onde
Me levam meus próprios passos
[...]
Prefiro escorregar nos becos lamacentos,
Redemoinhar aos ventos,
Como farrapos, arrastar os pés sangrentos,
A ir por aí...
[...]
Corre, nas vossas veias, sangue velho dos avós,
E vós amais o que é fácil!
Eu amo o Longe e a Miragem,
[...]
Não sei por onde vou,
Não sei para onde vou,
Sei que não vou por aí.

(José Régio)

*One minute was enough, Tyler said, a person had to
work hard for it, but a minute of perfection was
worth the effort. A moment was the most you could
ever expect from perfection.*

(Chuck Palahniuk)

[...] vida inteira que poderia ter sido e que não foi.

(Manuel Bandeira)

RESUMO

O presente trabalho, através de uma pesquisa bibliográfica, tem por escopo a análise do atual disciplinamento jurídico das incapacidades no Brasil, especialmente no que concerne ao instituto da curatela. Aborda-se a temática levando em consideração o fenômeno da constitucionalização do direito, bem como a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que adquiriu *status* de emenda constitucional. À luz dessas novas mudanças, defende-se uma releitura e uma reformulação da curatela, conformando-a aos valores constitucionais.

Palavras-chave: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Curatela. Incapacidade. Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT

This paper, by applying a bibliographical research, has the scope the analysis of the current legal discipline of disability in Brazil, especially regarding to matters of guardianship. The approach of the issue takes into account the phenomenon of constitutionalization of law as well as the entry into force of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, which has acquired the status of a constitutional amendment. In light of these new changes, we defend a reinterpretation and reformulation of guardianship, conforming to the constitutional values.

Key words: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guardianship. Incapacity. Suported decision making.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	132
1 BREVES NOTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL ...	143
1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	143
1.2 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	154
1.3 TEORIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO	18
1.2.1 SCHUPPERT/BUMKE	19
1.2.2 LOUIS FAVOREU.....	20
1.4 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2 MODELOS DE TRATAMENTO DA INCAPACIDADE E SEUS REFLEXOS NO DISCIPLINAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA NO BRASIL.....	24
2.1 MODELOS DE TRATAMENTO DAS INCAPACIDADES	24
2.1.1 O MODELO MÉDICO OU REABILITADOR.....	25
2.1.2 O MODELO SOCIAL	28
2.1.3 OUTROS MODELOS	30
2.1.3.1 O MODELO DE DIVERSIDADE	30
2.1.3.2 O MODELO DE IDENTIDADE OU SOCIOCULTURAL	31
2.2 O TRATAMENTO DA INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	32
2.2.1 DA PESSOA NO DIREITO BRASILEIRO	32
2.2.2 OS INSTITUTOS DE PROTEÇÃO DOS INCAPAZES	34
2.2.2.1 A DISCIPLINA JURÍDICA DA TUTELA E SUA INADEQUAÇÃO À PROPOSTA DESTE ESTUDO	35
2.2.2.2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA CURATELA	45
2.2.2.2.1 DA AUSÊNCIA.....	46
3 MUDANÇA DE PARADIGMA NO TRATAMENTO DA INCAPACIDADE E SUA INFLUÊNCIA NO INSTITUTO DA CURATELA.....	50
3.1 MUDANÇAS DE PARADIGMA	50
3.2 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – DECRETO Nº 6.949/2009.....	56
3.2.1 HISTÓRICO	57
3.2.2 PRINCÍPIOS GERAIS.....	60
3.2.3 REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	69

3.3 UMA NOVA VISÃO DO INSTITUTO DA CURATELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXO A – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO (DECRETO Nº 6.949/2009).....	90

INTRODUÇÃO

É já comezinho que o Direito Civil brasileiro passou por uma mudança de paradigma, mudança essa que continua surtindo efeitos hodiernamente. Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, não só o Direito Civil, mas sim todos os âmbitos da Ciência Jurídica, experimentaram um fenômeno comum: a constitucionalização.

A constitucionalização do Direito é entendida, em linhas gerais, como a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos ramos do direito. Isso quer dizer que, diferentemente do que acontecia em épocas prístinas, não há maneira de enxergar qualquer ramificação do direito que não seja adequando-a aos ditames constitucionais.

Apesar de tal fenômeno já ser aceito pela maioria dos pensadores jurídicos nacionais, seus efeitos ainda estão em construção. Este trabalho tem por justificativa a necessidade de adaptação do instituto da curatela aos valores (normas) constitucionais, mormente após entrada da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, a qual adquiriu *status* de emenda constitucional, em virtude da aprovação por quórum qualificado.

A dita Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) realizou uma mudança significativa no regime das incapacidades. Entretanto, a comunidade jurídica nacional ainda não atentou à essa modificação, a qual exige uma reformulação de alguns institutos clássicos, dentre os quais, neste trabalho, merece destaque a curatela.

Expor-se-á o conceito de constitucionalização do direito, especialmente no que concerne às relações entre particulares. Em seguida, estudar-se-á o sistema de incapacidades, abordando alguns modelos de tratamento, bem como os institutos a elas relacionados. Então, explicar-se-á as mudanças efetuadas pelo Decreto nº 6.949/2009 (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência). Por fim, defender-se-á uma reformulação do instituto da curatela, tendo em vista sua inadequação consoante o atual modelo constitucional brasileiro e sua normas fundamentais.

O presente estudo, portanto, tem o escopo de trazer à tona discussão de fundamental importância ao desenvolvimento da temática da constitucionalização do direito civil, a qual, diante da desatenção da comunidade jurídica, queda-se mal desenvolvida.

1 BREVES NOTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Para se entender as mudanças pelas quais passa hoje o direito civil, é curial dar-se conta do processo de constitucionalização do direito, o qual, nestas primeiras palavras, pode ser descrito como a “à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos ramos do direito.”¹

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Os debates acerca da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nos outros ramos do direito surgiram primeiro na Alemanha.

A constitucionalização do direito está ligada, sobretudo, à teoria dos direitos fundamentais, os quais, inicialmente, serviam para resguardar o cidadão em sua relação com o Estado. Entretanto, começou-se a questionar sua utilização para as relações entre particulares. Algumas perguntas eram, por exemplo:

Como lidar com limitações a direitos fundamentais quando elas são fundadas em atos entre particulares, celebrados sob o manto da autonomia privada? Há nesses casos, violação a direitos fundamentais? Ou quem pode violar direitos fundamentais é unicamente o Estado?²

A constitucionalização do direito torna-se importante ao se pensar que muitos direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, tais como a liberdade de expressão (Constituição Federal, art. 5º, inciso IV) e o direito de resposta (Constituição Federal, art. 5º, inciso V), têm sua aplicação ligada, mormente, às relações entre particulares.

Apesar de nossa Constituição prever, além de normas de cunho liberal, também muitas normas de caráter social, vários âmbitos do ordenamento jurídico nacional continuam a possuir um caráter, em grande parte, liberal, a exemplo do próprio Código Civil de 2002, de viés claramente patrimonialista.

[...] A constitucionalização, e uma conseqüente consideração dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não ameaçam a autonomia do direito privado e, sobretudo, não ameaçam uma das ideias centrais desse ramo do direito, a autonomia privada. Isso porque, sempre que possível, essa produção de efeitos, para usar uma expressão consagrada, se dá por intermédio do material normativo do próprio direito

¹ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

² SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 18.

privado, o que garante a sua autonomia. O que muda, no entanto, se se comparar com a autonomia que o direito privado gozava especialmente até o século XIX, é o fato de que as normas desse ramo do direito devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais.

Além disso, os próprios princípios gerais do direito, aos quais a doutrina privatística costuma freqüentemente recorrer, não podem mais ser consideradas como princípios morais ou princípios *supra* ou extrajurídicos, mas uma expressão dos próprios princípios constitucionais.³

Assim, a Constituição, nesse novo contexto, vem tornar obsoletas algumas concepções muito arraigadas na doutrina privatista. É justamente o caso da autonomia privada, que, muitas vezes, parece suplantar normas constitucionais ou mesmo direitos fundamentais. A autonomia privada deve ser encarada como um princípio formal da ordem jurídica, fazendo um contrapeso à “dominação” dos direitos fundamentais. Contudo, não poderia ela participar de um sopesamento junto com princípios materiais. Em alguns casos, entretanto, os efeitos dos direitos fundamentais só poderão fazer-se sentir diretamente.

1.2 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Muito já se discutiu acerca da diferenciação entre regras e princípios, mormente após a promulgação da Carta Magna de 1988. Nesse período, os princípios eram tratados por meio de tipologias que variavam de autor para autor. Com a assimilação de algumas teorias estrangeiras – precipuamente aquela desenvolvida por Robert Alexy –, o debate de diversificou e assumiu outras direções. Basear-nos-emos na teoria do citado autor, uma vez que se trata da mais aceita e difundida no Brasil.

Robert Alexy enxerga regras e princípios como espécies do gênero norma. Enquanto espécies de um mesmo gênero, é possível indicar pontos coincidentes entre os dois institutos. Fazendo referência aos caracteres apontados por Robert Alexy⁴, tem-se como traços comuns entre regras e princípios os seguintes aspectos:

- I) ambos dizem o que deve ser;
- II) ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas (ordem, permissão, proibição);
- III) ambos são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de tipo diferente.

³ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 27-28.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

Nas palavras de Humberto Ávila,

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.⁵

Em relação aos princípios, acrescenta:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁶

Contudo, necessário se faz aferir maior ênfase aos critérios distintivos, no intuito de criar elementos que ajudem a individualizar regras e princípios, posto que, na atual conjectura constitucional, o fato de um enunciado se enquadrar no conceito de regra ou princípio, acarreta significativas consequências para sua interpretação e aplicação.

Vasta é a contribuição doutrinária sobre o assunto, sendo mesmo impossível esgotar o interminável número de classificações. A distinção entre regras e princípios pode se concretizar por vários critérios, merecendo destaque os seguintes: qualitativo, generalidade e aplicabilidade.

O critério qualitativo tem arrimo na doutrina de Robert Alexy. O autor acredita que a diferença entre regras e princípios não é gradual, mas sim qualitativa⁷.

Para esta corrente, a diferença está no fato de que um princípio pode ser cumprido parcialmente, exigindo-se apenas que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, enquanto uma regra deve ser cumprida ou desprezada integralmente, apresentando-se como “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”⁸.

Nessa toada, Robert Alexy preleciona:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O

⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 193.

⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 193.

⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90-91.

âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁹

Segundo o grau de generalidade, também denominado de abstratividade, quanto mais genérica for a norma, mais próxima ela estará de ser considerada um princípio, ao passo que, quanto mais específica for, mais próxima estará de uma regra. A abstratividade das regras jurídicas se caracterizaria pela possibilidade de abrangência, por seu pressuposto de fato (ou hipótese), de inúmeros casos homogêneos. Nos princípios, o maior grau de abstração decorreria da heterogeneidade de casos potencialmente suscetíveis de serem enquadrados na esfera de sua previsão, por isso a afirmação de que os princípios seriam normas generalíssimas.

Divergindo do posicionamento esposado, Robert Alexy¹⁰ defende a existência de normas dotadas de um alto grau de abstração, as quais não podem ser classificadas como princípios, a exemplo do “princípio” da anterioridade penal, com previsão no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º, do Código Penal.

Outro critério distintivo que pode ser utilizado é o da aplicabilidade. Para os adeptos desse critério, os princípios não seriam aplicados por si mesmos, careceriam de outras normas (regras) para que pudessem ser materializados. As regras, por sua vez, possuem aplicação direta e imediata aos casos que se inserem em seu preceito, através da subsunção, tendo, também, a função de concretizar os princípios. Daí porque Robert Alexy¹¹ denominou as regras de “comandos de definição” e os princípios de “mandamentos de otimização”.

Segundo Alexy, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas sempre por completo [sic]. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro.¹²

Virgílio Afonso da Silva sustenta que a diferença principal entre regras e princípios se concentra na estrutura dos direitos que essas normas garantem, ou seja, “no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direito (ou são impostos deveres) *prima facie*”.¹³

⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

¹⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 109.

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86.

¹² SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

Finalmente, a distinção entre princípios e regras pode se dar por meio de um possível conflito normativo. Destarte, as colisões entre princípios são resolvidas através das regras de ponderação, segundo as quais o embate deverá ser resolvido sopesando-se o peso e importância de cada um, enquanto os conflitos entre regras devem ser tratados como verdadeiras antinomias jurídicas, excluindo-se uma ou algumas delas.

Em relação a princípios, o que se exige é aquilo que Alexy chamou de “relações condicionadas de precedência”. Não há como excluir completamente um princípio. O núcleo de um princípio é inexorável, havendo apenas um encolhimento de sua extensão no caso concreto quando confrontado com outros princípios. Todos os princípios serão válidos em todas as situações, sendo, por essa razão, que devem ser levados à ponderação. Não há princípio que seja absolutamente e *prima facie* superior a qualquer outro, pelo menos não na acepção de Robert Alexy.

A aplicação de regras se define pela subsunção, devendo o intérprete enquadrar um fato individual em um conceito abstrato normativo a ele relacionado. Quando do conflito entre regras, uma deverá ceder lugar a outra, o que ocorre pela aplicação de uma norma superior em face de uma inferior (*lex superior derogat legi inferiori*); pela preferência da norma posterior frente à norma anterior (*lex posterior derogat legi priori*), ou ainda pelo emprego da norma especial em comparação com a geral (*lex specialis derogat legi generali*).¹⁴ Trata-se da velha regra do “tudo ou nada”. Isso se deve ao fato de que esse é um problema de validade, a qual não aceita gradação; ou seja, ou a regra é válida ou não é.

1.3 TEORIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Duas principais teorias sobre a constitucionalização devem ser explicitadas para os propósitos desta monografia, quais sejam: a de Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke, de um lado, e a de Louis Favoreu, de outro.

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

1.2.1 SCHUPPERT/BUMKE

A primeira teoria (Schuppert/Bumke) exemplifica algumas formas de constitucionalização, cujas principais serão trabalhadas a seguir: a) reforma legislativa e b) irradiação do direito constitucional.

A reforma legislativa é, sem sombra de dúvidas, a forma mais efetiva e menos controvertida de constitucionalização – lembrando que, por esse termo, referimo-nos “à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos ramos do direito”¹⁵. Um dos principais problemas da reforma legislativa é o tempo gasto para sua ocorrência. Isso fica muito claro se focarmos nosso olhar para o direito de família. Muitos dos princípios insculpidos na Carta Constitucional demoraram anos para serem concretamente obedecidos, tendo em vista a letargia dos trâmites legais. Um dos exemplos clássicos, sem querer adentrar a fundo nessa discussão, é o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Partindo da premissa de que os princípios da igualdade e da liberdade são consagrados no ordenamento jurídico pátrio, queda aquém a argumentação daqueles que condenam aquele tipo de casamento baseados, unicamente, na ideia de que não há regra que o permita expressamente. Apesar disso, causa espanto, ainda, com recentes discussões acerca da dita temática, nas redes sociais, envolvendo alunos e, inclusive, eminentes professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, mormente após resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) obrigando os cartórios de todo o país a aceitar pedidos de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Muito vem a calhar o trecho abaixo:

[...] uma mudança de paradigma imposta pela constituição e uma decorrente necessidade de adaptação da legislação ordinária por imposição constitucional, ainda que configurem, em tese, a forma mais segura e menos controvertida de constitucionalização do direito, não implica mudanças rápidas quando o paradigma não muda para a sociedade e também, para os operadores do direito.¹⁶

Talvez esse entrave em aceitar que certos princípios se concretizem através de reformas legislativas seja uma das causas para a hodierna situação do direito de família, cuja aplicação por juízes e tribunais nos traz decisões de todos os matizes imagináveis. Essa ideia é basilar para a conclusão deste trabalho, como se verá adiante.

Por irradiação constitucional, lecionam Schuppert e Bumke que se trata da submissão de todos os ramos do direito aos ditames constitucionais, o que já é hoje muito comum para

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 18.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 40-41.

qualquer estudante do direito. Não é de se olvidar que, há algum tempo atrás, a tradição privatista, amparada na ideia da autonomia da vontade, rejeitava, a medida do possível, interferências do direito público.

Segundo os juristas que dão título a este subtópico, três são os atores da constitucionalização: o legislador, o judiciário e a doutrina jurídica.

O papel do legislador seria o de “adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realizá-las por meio de legislação”¹⁷. Entretanto, nem toda atividade legislativa faria parte do processo de constitucionalização, mas somente teriam esse *status* as “leis que se destinam à eliminação de situações infraconstitucionais inconstitucionais ou (...) [aquelas] que, por exigência expressa e específica da própria constituição, complementam a eficácia de algumas normas constitucionais”¹⁸.

Por sua vez, o judiciário, através da aplicação, da interpretação e do controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais, possui papel primordial no processo de constitucionalização.

A doutrina, por fim, seria imprescindível para o alicerce teórico do processo de constitucionalização, apesar de poder ser, também, a posição refratária a esse processo, o que varia de país para país, segundo sua própria tradição jurídica.

1.2.2 LOUIS FAVOREU

Louis Favoreu verificou três tipos de constitucionalização que “estão em uma relação progressiva, sendo um sempre uma espécie de condição para o tipo seguinte”¹⁹.

O primeiro tipo é a “constitucionalização-juridicização”, que nada mais é que a juridicização da própria constituição. A segunda espécie é chamada de “constitucionalização-elevação” que seria um

[...] “deslizamento” de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento. Muito do que antes era reservado à lei passou a ser matéria constitucional. Houve, nesse sentido, um movimento ascendente nessa repartição

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 44.

¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 46.

material. E essa “elevação” na definição das competências legislativas acaba por diminuir o poder do legislador ordinário, que perde parte de sua liberdade de conformação da legislação ordinária, e é o Conselho Constitucional que surge como novo ator nesse processo.²⁰

Enfim, tem-se a “constitucionalização-transformação”, de caráter mais universal, já que os outros dois tipos antes referidos mais se vinculam à tradição francesa. Trata-se da “constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação”²¹.

Ao tratar sobre os efeitos daqueles modos de constitucionalização, Louis Favoreu destaca:

- a) A unificação da ordem jurídica, que pode ocorrer através da transformação das normas constitucionais em fundamento comum dos diversos ramos do direito – cuja principal consequência seria a perda da importância dos princípios gerais do direito frente às normas constitucionais – ou da relativização entre direito público e direito privado – que também tem relação com o declínio dos princípios gerais do direito e a ascensão das normas constitucionais.
- b) Simplificação da ordem jurídica, decorrência direta do processo de constitucionalização, tendo em vista o deslocamento da atenção da lei para a própria constituição.

1.4 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é difícil entender que há enormes problemas em conciliar direitos fundamentais e direito privado, a exemplo do confronto entre autonomia privada e inalienabilidade e irrenunciabilidade daqueles mesmos direitos, ou, ainda, se se pensar que quase toda relação contratual “atinge” (toca, relaciona-se), de uma forma ou de outra, um direito fundamental (na maior parte, o direito geral de liberdade, estabelecido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). Esse fenômeno toma contornos ainda mais nítidos no caso brasileiro, devido à proximidade de nossa Carta Constitucional e ao grande número de direitos fundamentais nela previstos.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 47.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 48.

Primeiramente, é necessário deixar claro que, diferentemente do que se acreditava antigamente, não é somente o Estado que pode ameaçar direitos fundamentais, mas também os próprios particulares em suas relações recíprocas. Essa mudança de paradigma foi essencial para o processo de constitucionalização do direito. Um exemplo clássico, que não levanta muitas discussões acerca da violação de direitos fundamentais, pode ser dado: a jornada de trabalho enfastiante a que eram submetidos homens, mulheres e até crianças no início da Revolução Industrial inglesa, alicerçada na ideia da autonomia da vontade.²² O poder econômico adquirido por certos indivíduos e algumas entidades pode (e, no decorrer dos anos, isso foi demonstrado não poucas vezes) influenciar o contexto político e jurídico, atingindo, por consequência, direitos fundamentais.²³ Enquanto que na relação cidadão-Estado somente um dos sujeitos é titular de direitos fundamentais, nas relações entre particulares, ambas as partes se revestem desse manto. Virgílio Afonso da Silva usa a expressão “ameaça horizontal” para se referir à ameaça a direitos fundamentais nas relações entre particulares, em oposição à “ameaça vertical”, que seria aquela possível de ocorrência na relação cidadão-Estado.²⁴

Outras ferramentas que merecem atenção nestes prolegômenos são os conceitos de eficácia e de aplicabilidade. Esclarece Virgílio Afonso da Silva

Aplicabilidade (...) é um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia. Norma aplicável, nesse sentido, é aquela que não somente é dotada de eficácia – capacidade de produzir efeitos –, mas, também, cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto.²⁵

A distinção acima realizada é útil para explicar a prescrição do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

[...]

§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

²² O exemplo é mais bem desenvolvido dentro das teorias que classificam os direitos em gerações. Por todos, *vide* BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed., atual. São Paulo, Malheiros, 2012.

²³ Não se está a dizer que só haverá ameaça a direitos fundamentais quando estivermos diante de um poder econômico incomum. Em qualquer relação privada, essa ameaça pode acontecer, e será tão mais nítida quanto for o desequilíbrio entre as partes envolvidas.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52-53.

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.*, p. 56.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, o constituinte originário teria cometido uma imprecisão vocabular ao empregar o termo “aplicabilidade” em lugar de “eficácia”²⁶.

Leonardo Mattietto, utiliza-se daquele dispositivo constitucional para fundamentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, nos seguintes termos:

Tal aplicação [dos direitos fundamentais] deve ocorrer nas relações entre o Estado e os indivíduos, bem como nas relações entre particulares, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transposto para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Constituição, art. 5.º, § 1º).²⁷

Contudo, quando a Constituição Federal leciona que os direitos e garantias fundamentais terão “aplicação imediata”, não deixa claro quais relações jurídicas receberão seus efeitos, o que é, de fato, um problema na sustentação da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas²⁸ (entre particulares).

Virgílio Afonso da Silva resume três modelos na vinculação direitos fundamentais/relações entre particulares, a saber:

- (a) Quando se negam quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não se nega a eficácia daqueles. As normas de direitos fundamentais continuam eficazes e, portanto, aptas a produzir efeitos, mas somente nas relações entre o Estado e as pessoas privadas, nunca entre essas últimas apenas.
- (b) Quando se sustenta que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são indiretos, ou seja, por meio de uma mera reinterpretação do direito privado, não se nega a eficácia das normas de direitos fundamentais, nem sua produção de efeitos nas relações entre particulares, mas nega-se uma aplicabilidade (= direta) dessas normas a essas relações.
- (c) Quando se sustenta que as normas de direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos envolvidos em uma relação jurídica interprivados, pressupõe-se não somente que as normas de direitos fundamentais são eficazes e produzem efeitos nesse tipo de relação, mas também que essa produção de efeitos é direta, via aplicação das normas de direitos fundamentais. Pode-se, nesse caso, e somente nesse caso, falar em aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares.²⁹

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 57.

²⁷ MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 167.

²⁸ “[...] Já a expressão ‘relações privadas’ peca por excluir, por exemplo, as relações trabalhistas, as quais, a despeito de serem normalmente relações entre pessoas privadas, não podem ser classificadas como ‘relações privadas’”. ²⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 59.

Será essa última perspectiva a tratada neste trabalho, qual seja, a de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Em nosso contexto pós-positivista, a adequação de uma norma ao ordenamento jurídico não deve ser aferida somente do ponto de vista formal-procedimental, mas também em uma perspectiva material, em conformidade com os valores positivados normativamente em forma de princípios. Até mesmo a dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) tida com ceticismo por vários estudiosos do direito, conta hoje com papel determinante na releitura e na reinterpretção do direito civil, uma vez que determinou a o predomínio das situações existenciais sobre as relações patrimoniais³⁰.

Vivencia-se, assim, um fenômeno contínuo e inacabado de reformulação na interpretação-aplicação dos institutos civilísticos.

A suposta segurança oferecida pela estrutura milenar do direito civil clássico, que justificaria seu predomínio sobre a instável normativa constitucional, revela-se como apenas mais um mito elaborado para a manutenção de status quo individualista e patrimonialista. Já o imprescindível reconhecimento da relatividade e historicidade dos institutos jurídicos demonstra que sob a sua aparente continuidade terminológica se ocultam radicais transformações semânticas³¹.

O magistrado, no âmbito do direito privado, assume importante papel na aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, desde que pautado na devida fundamentação (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

O Código Civil de 2002, lembre-se, teve origem em projeto da década de 1970, motivo pelo qual “será preciso persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição”³².

No próximo capítulo, realizar-se-á uma explanação sobre os modelos de tratamento da incapacidade, não só juridicamente, mas também socialmente, para, então, observar seu disciplinamento no Código Civil de 2002. As considerações iniciais até aqui feitas serão retomadas no Capítulo 3.

³⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 137.

³¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Dimensões Jurídicas da Personalidade na Ordem Constitucional Brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 409.

³² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 410-411.

2 MODELOS DE TRATAMENTO DA INCAPACIDADE E SEUS REFLEXOS NO DISCIPLINAMENTO JURÍDICO DA MATÉRIA NO BRASIL

Neste capítulo, trabalhar-se-ão alguns modelos de tratamento da incapacidade, os quais não se restringem ao direito brasileiro, mas servem também de base para diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

É imprescindível entender como a incapacidade é tratada, não só do ponto de vista jurídico, se se objetiva compreender e criticar qualquer norma jurídica que se detenha à matéria.

Depois de realizadas algumas considerações sobre os regimes de tratamento das incapacidades, restringir-nos-emos às suas influências no disciplinamento jurídico brasileiro da matéria, destrinchando-o e explicando-o segundo o Código Civil de 2002.

2.1 MODELOS DE TRATAMENTO DAS INCAPACIDADES

Apesar de sempre se afirmar que o tratamento das pessoas com incapacidades no direito brasileiro é pautado nos direitos fundamentais, observa-se, comumente, que esse tratamento não ultrapassa o nível nominal, uma vez que nunca conseguiu remover uma gama de obstáculos e de entraves que inibem a aplicabilidade de alguns direitos fundamentais.

A continuidade dessa situação se deve, em grande medida, à adoção do chamado modelo médico ou reabilitador. A seguir, serão traçadas considerações sobre alguns sistemas de tratamento das incapacidades, de modo a esclarecer o porquê do atual modelo de tratamento da incapacidade no direito nacional.

Importante destacar que optamos por não tratar do chamado “*modelo de prescindencia*”³³, porquanto vá de encontro a, basicamente, todos os ordenamentos jurídicos. Esse modelo pressupõe que as incapacidades são originadas de causas religiosas, ou seja, seriam elas um “castigo divino”; as pessoas com incapacidade são consideradas desnecessárias por diversas razões, tais como: não contribuem para as necessidades da comunidade, são um fardo para a própria família e para a sociedade em geral, trazem mensagens diabólicas, não possuem vidas dignas de serem vividas devido às suas

³³ Assim chamado na Espanha.

“limitações”, etc. A sociedade, então, deveria prescindir das pessoas com incapacidades por meio de políticas eugênicas, excluindo-as da vida em sociedade ou tratando-as como objeto de caridade. Apesar de absurdo, algumas das bases desse modelo estão, ainda hoje, presentes na percepção social (e jurídica) do fenômeno da incapacidade.

2.1.1 O MODELO MÉDICO OU REABILITADOR

Algum tempo atrás (e hoje ainda é possível ver isso), a incapacidade foi considerada uma questão puramente médica, relacionada à perda ou à diminuição de faculdades físicas, sensoriais ou mentais causadas por acidentes ou doenças. Essa visão da incapacidade como problema meramente individual é típico do assim chamado modelo médico ou reabilitador.

Nessa linha, o tratamento das pessoas com incapacidade seria aquele apto a “normalizá-las”, visando à sua “reintegração” na sociedade, e, quando dita meta se mostrasse impossível, tentar-se-ia compensar a incapacidade de alguma forma. Patricia Cuenca Gómez sintetiza que, *“Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad, consisten en medidas dirigidas a la persona individualmente considerada de carácter básicamente terapéutico o asistencial”*³⁴.

No âmbito médico, muitas doenças são entendidas como situações temporárias e, embora algumas pessoas tenham uma condição de saúde inferior pelos critérios de normalidade, essas pessoas doentes não são consideradas deficientes, porque a redução da capacidade é apenas temporária e não permite definir uma identidade. A deficiência, na abordagem médica, é uma situação irreversível, uma condição permanente. Por exemplo, ser cego é uma condição permanente para uma pessoa que nasceu cega, portanto, essa pessoa é considerada deficiente. Já a pessoa que não enxerga por uma inflamação ocular grave é uma pessoa doente, pois sua situação é temporária.

³⁴ CUENCA GÓMEZ, Patricia. *Derechos Humanos y Modelos de Tratamiento de la Discapacidad*. In: **Proyecto Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”**, CSD2008-00007. Número 3. 2011, p. 3. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tiempodelosderechos.es%2Fes%2Fbiblioteca%2Fdoc_download%2F38-derechos-humanos-y-modelos-de-tratamiento-de-la-discapacidad.html&ei=RmtMUrLNC-LCyQHc9oHIAQ&usg=AFQjCNGuglWS_kdwD9qwnC1aU_KILAr00Q&bvm=bv.53371865,d.aWc>. Acesso em: 22 de outubro de 2013. “Portanto, as respostas sociais frente ao fenômeno da incapacidade consistem em medidas dirigidas à pessoa individualmente considerada, de caráter basicamente terapêutico ou assistencial”. (Tradução livre)

Um dos equívocos que podem ser apontados em relação a esse viés excessivamente clínico é a contemplação da pessoa com incapacidade não tanto como sujeito de direitos, mas como destinatária de atenção e de cuidado. Ademais, a “normalização” das pessoas com incapacidade se mostra como precondição para um real e efetivo exercício de direitos. Ou seja, as pessoas com incapacidade só poderiam desfrutar de certos direitos se atendessem a certos padrões de “normalidade”. Não podendo fazê-lo, seria normal e tolerável que houvesse restrição ou limitação de direitos, inclusive direitos fundamentais. Não é difícil perceber que tal perspectiva servia para justificar miríades de discriminações e de vulnerações.

*Finalmente, el modelo médico se fija precisamente en aquello que las personas con discapacidad no pueden hacer, infravalora las capacidades y aptitudes de las personas con “deficiencias”, refuerza el estereotipo de las personas con discapacidad como personas dependientes y genera sobreprotección, permitiendo que otros – padres, familiares, tutores, médicos asistentes – decidan sobre los aspectos esenciales de su vida e, por tanto, sobre sus derechos. Así, desde estos parámetros, la persona con discapacidad se configura como un sujeto pasivo en relación con sus derechos.*³⁵

Essa apreciação do fenômeno da incapacidade é essencial para se compreender o tratamento da capacidade jurídica, uma vez que esta é o meio inolvidável para o exercício dos direitos. A divisão da capacidade em capacidade de direito e capacidade de fato servem, de certo modo, a justificar algumas limitações a direitos fundamentais.

*[...] el modelo médico entiende que las personas “normales” poseen ciertas habilidades cognitivas – sentir, comunicarse, razonar de determinadas maneras consideradas adecuadas – que les permiten tomar decisiones sobre sus planes y proyectos de vida de una forma “correcta”, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón abstracto e ideal son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. Así, la respuesta que se ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los parámetros de “normalidad” antes mencionados consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en transferir ese derecho a un tercero, que substituye a la persona “incapaz” en la adopción de las decisiones que no puede realizar por sí mismo y, por ende, en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. En este sentido, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como un complemento necesario del modelo médico de tratamiento de la discapacidad.*³⁶

³⁵ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 4. “Finalmente, o modelo médico se baseia precisamente naquilo que as pessoas com incapacidade não podem fazer, subvaloriza as capacidades e aptidões das pessoas com “deficiências”, reforça o estereótipo das pessoas com incapacidade como pessoas dependentes e gera superproteção, permitindo que outros – pais, familiares, tutores, médicos assistentes – decidam sobre os aspectos essenciais de suas vidas e, portanto, sobre seus direitos. Assim, nesses parâmetros, a pessoa com incapacidade se configura como um sujeito passivo na relação com seus direitos.” (Tradução livre).

³⁶ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 5. “[...] o modelo médico entende que as pessoas ‘normais’ possuem certas habilidades cognitivas – sentir, comunicar-se, pensar, raciocinar de determinadas maneiras consideradas adequadas – que lhes permitem tomar decisões sobre seus planos e projetos de vida de uma forma ‘correta’, isto é, de maneira livre, autônoma, independente e responsável. Partindo de tal premissa, aquelas pessoas que não se encaixam nesse padrão abstrato e ideal são direta ou indiretamente tachadas de ‘incapazes’. Assim, a resposta

O denominado modelo médico, ao exigir uma reabilitação da pessoa com incapacidade, lesiona ou elimina sua dignidade, ao privá-la do livre exercício de seus direitos.

Como se verá adiante, o modelo médico e os mecanismos de substituição na tomada de decisões são pilares sobre os quais se sustenta o tratamento da incapacidade na legislação brasileira.

2.1.2 O MODELO SOCIAL

O modelo social surgiu no Reino Unido nos anos 1960, contrapondo-se ao modelo médico ou reabilitador.

O modelo social desloca o foco do problema da pessoa individualmente considerada para a sociedade na qual se insere. De acordo com esse viés, as causas da incapacidade são predominantemente sociais. Isso quer dizer que não são as limitações individuais que ocasionam o fenômeno da incapacidade, mas sim as limitações que a própria sociedade, formada por seus indivíduos, (consciente ou inconscientemente) impõe às pessoas, criando barreiras que as excluem e as discriminam.

A incapacidade não seria um fenômeno natural, nem, muito menos, tolerável, mas sim uma construção social baseada em relações de poder, que acabou por ser banalizada e aceita, apesar de consistir em uma violação da dignidade intrínseca à pessoa com incapacidade. A deficiência seria fruto das desvantagens ou restrições provocadas pela organização social contemporânea que pouco ou nada considera aqueles que possuem lesões físicas e os exclui das principais atividades da sociedade.

[...] a ideia básica do modelo social é que a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas uma questão da vida em sociedade, o que transfere a responsabilidade pelas desvantagens das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade em prever e se ajustar à diversidade.³⁷

que se oferece às pessoas que têm dificuldades para adotar suas próprias decisões segundo os parâmetros de ‘normalidade’ anteriormente mencionado consiste, de um lado, em negar-lhes dito direito, restringindo e, inclusive, anulando sua capacidade jurídica; e, de outro, em transferir esse direito a um terceiro, que substitui a pessoa ‘incapaz’ na adoção das decisões que não pode realizar por si mesmo, e, por conseguinte, no exercício dos direitos a elas vinculados. Nesse passo, o chamado modelo de substituição na tomada de decisões se apresenta como um complemento necessário do modelo médico de tratamento da incapacidade.” (Tradução livre).

³⁷ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. In: **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, jul-ago 2010, p. 3. Disponível em: www.eerp.usp.br/rlae. Acesso em: 22 de outubro de 2013.

O fenômeno da incapacidade, então, seria uma questão de direitos, direitos humanos e fundamentais, cabendo ao Estado a responsabilidade de acabar com a exclusão e de garantir o pleno respeito da dignidade e da igualdade das pessoas com incapacidade.

A adoção do modelo social traz como consequência a compreensão de que as pesquisas e as políticas públicas, direcionadas à deficiência, não podem concentrar-se apenas nos aspectos corporais dos indivíduos para identificar a deficiência. Além disso, ao separar a deficiência de lesão, o modelo social abre espaço para mostrar que, a despeito da diversidade de lesões, há um fator que une as diferentes comunidades de deficientes em torno de um projeto político único: a experiência de exclusão.³⁸

Na lógica do modelo social não se faz diferença entre doença e deficiência, porque se entende que os ajustes requeridos pela sociedade, para que ela contemple a diversidade humana, independem do fato de a pessoa ser doente ou deficiente e por quanto tempo a sua condição corporal irá se manter.

Pronuncia-se Patricia Cuenca Gómez:

*El modelo social rechaza frontalmente a ideología de la normalización, considerando que la idea de normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden “a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante” generando limitaciones para aquellos que no encajan en el modelo estándar. Lo anterior conduce a redefinir el destinatario de la normalización y de la rehabilitación que no son tanto las personas, como la sociedad. (...) son los derechos que tienen de amoldarse a las personas y no las personas a los derechos.*³⁹

O modelo social de tratamento das incapacidades, pode-se dizer, realiza uma revolução copernicana ao enfatizar, não as limitações individuais, mas sim as habilidades, a autonomia e a independência das pessoas com incapacidade, as quais são vistas como sujeitos ativos, capazes de exercer os direitos dos quais são titulares, sem que haja qualquer tipo de substituição. Para que isso ocorra da forma esperada, é evidente a necessidade de certos apoios.

Pode-se, portanto, resumir algumas premissas desse modelo, quais sejam:

- a) A capacidade não seria algo natural, mas, em verdade, uma construção social, que, não poucas vezes, foi utilizada como sucedâneo de exclusão de certos grupos sociais ao longo da história;

³⁸ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Op. cit., p. 7.

³⁹ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 7. “O modelo social rechaça frontalmente a ideologia da normalização, considerando que a ideia de normalidade não é neutra, mas sim que é algo imposto por quem corresponde ‘aos parâmetros físicos e psíquicos do estereótipo culturalmente dominante’, gerando limitações para aqueles que não se encaixam no modelo padrão. O exposto conduz a redefinir o destinatário da normalização e da reabilitação, que não são tanto as pessoas, mas sim a própria sociedade. (...) são os direitos que devem se amoldar às pessoas, e não as pessoas aos direitos.” (Tradução livre).

- b) Não se há como justificar que certas habilidades/capacidades valham mais que outras, ou seja, não existe maneira “correta”, “acertada”, “ideal”, “padrão” de sentir, de se comunicar, de raciocinar, de tomar decisões, etc;
- c) A ideia de normalidade nada mais é que um mito, tendo em vista que toda pessoa é inserida em um contexto social distinto, único;
- d) A capacidade é um conceito “gradual” e “relativo”, ou, em outras palavras, o que se observa é a impossibilidade de se dividir a sociedade binomialmente (capazes x incapazes), uma vez que ela é formada de sujeitos com capacidades diversas;
- e) Os problemas relativos à incapacidade podem ter sua origem não tanto em características individuais, mas sim na forma como foi construído o contexto físico, comunicacional, intelectual, etc., no qual somos inseridos.

Deve-se, portanto, questionar as ferramentas utilizadas no tratamento da incapacidade (em específico, a curatela, temática central deste trabalho), ainda mais porque, em nossa legislação, não se faz muita diferença entre os mecanismos relativos à incapacidade física ou sensorial e à incapacidade mental ou intelectual.

O que se propõe com o modelo social é que, uma vez constatada a insuficiência das medidas de acessibilidade, deve haver um apoio personalizado visando ao exercício da capacidade jurídica pelo próprio titular do direito. Isso pode ocorrer através da intervenção de um terceiro. Entretanto, essa intervenção se diferencia totalmente daquela proposta pelo modelo médico ou reabilitador, uma vez que o terceiro não substitui a pessoa com incapacidade, mas sim a acompanha na tomada de decisões, respeitando sua vontade e suas preferências. Talvez, em algumas situações, seja impossível inferir a vontade da pessoa com incapacidade, o que não é óbice para a ideia central do modelo ora tratado, sob pena de se tratar, por regra, a exceção. Pode-se, enfim, dizer que:

*Desde enfoque social se pasa, por tanto, de un modelo de sustitución e la toma de decisiones que limita la autonomía de las personas con discapacidad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones que promueve y potencia dicha autonomía en la mayor medida posible.*⁴⁰

⁴⁰ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 9. “Nesse enfoque social, passa-se, por tanto, de um modelo de substituição na tomada de decisões, que limita a autonomia das pessoas com incapacidade, a um modelo de apoio na tomada de decisões, que promove e potencializa dita autonomia na maior medida possível.” (Tradução livre).

De todo o exposto, é de se concluir que o modelo social é orientado para possibilitar às pessoas com incapacidade um acesso real e efetivo das liberdades desfrutadas pelas demais pessoas em uma certa igualdade de condições.

2.1.3 OUTROS MODELOS

Pode-se, ainda, fazer referência a outros modelos emergentes de tratamento da incapacidade, dentre os quais foram escolhidos somente dois, tendo em vista a brevidade deste trabalho, bem como sua temática central.

2.1.3.1 O MODELO DE DIVERSIDADE

Esse modelo é considerado uma evolução do modelo social. Apoia-se na ideia de exaltação do valor da diversidade, representada esta pelas pessoas com incapacidade, as quais seriam um fator enriquecedor dentro da sociedade.

[...] este modelo propugna un cambio terminológico que erradique cualquier connotación negativa relativa a la discapacidad, proponiendo el uso de la expresión personas con diversidad funcional para denominar a este colectivo; y pone el énfasis en la idea de igual dignidad en la diferencia, exigiendo una aplicación coherente en todos los ámbitos – y especialmente en el campo biomédico – de la consideración de que la vida de todas las personas, con o sin diversidad funcional, tiene el mismo valor y reclamando el respeto y la promoción de su autonomía.⁴¹

2.1.3.2 O MODELO DE IDENTIDADE OU SOCIOCULTURAL

O modelo sociocultural ou de identidade é aquele defendido pela “comunidade surda”. Realizando uma argumentação de talhe cultural e particular, esse modelo considera que a “comunidade surda” constitui um grupo com valores e identidade comuns, erguida em torno do uso da língua de sinais – no Brasil, chamada de língua brasileira de sinais (LIBRAS)

⁴¹ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 10. “Esse modelo propugna uma mudança terminológica que erradique qualquer conotação negativa relativa à incapacidade, propondo o uso da expressão ‘pessoas com diversidade funcional’ para denominar esse grupo; e dá ênfase à ideia de igual dignidade na diferença, exigindo uma aplicação coerente em todos os âmbitos – e, especialmente, no campo biomédico – da consideração de que a vida de todas as pessoas, com ou sem diversidade funcional, tem o mesmo valor e exige o respeito e a promoção de sua autonomia.” (Tradução livre).

–, a qual deve ser preservada, respeitada e promovida. Desse viés, justificar-se-ia a existência de direitos próprio da “comunidade surda”, a qual se constituiria em uma minoria cultural e linguística.

2.2 O TRATAMENTO DA INCAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.2.1 DA PESSOA NO DIREITO BRASILEIRO

A pessoa deve ser o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o alvo, direto ou indireto, de toda construção jurídica, segundo os ditames da Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República.

A personalidade é um atributo jurídico relacionado à pessoa. Identifica-se ela com a prerrogativa de ser reconhecido como pessoa diante da lei e, por tanto, constitui um requisito prévio ou uma precondição para a aquisição de direitos e deveres. Em outros termos, a personalidade jurídica é a qualidade jurídica de ser titular e pertencente à comunidade jurídica que corresponde ao homem (leia-se pessoa) como tal.

A ordem jurídica nacional admite duas espécies de pessoas⁴², quais sejam: as pessoas físicas, também chamadas de pessoas naturais; e as pessoas jurídicas. As pessoas físicas ou naturais são os próprios seres humanos, ou seja, todo ser humano é pessoa. Por sua vez, as pessoas jurídicas são as associações, as sociedades, as fundações – todas disciplinadas na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) –, as organizações religiosas e os partidos políticos – estas duas últimas espécies foram acrescentadas ao Código Civil de 2002 pela Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003. Orlando Gomes, comentando sobre essa inclusão, opina:

A razão parece ter sido a de negar, expressamente, controle do poder público à criação, organização, estruturação e funcionamento desses entes, além do que a Constituição já estabelece, isto porque ambos se enquadram no conceito de associação ou no de fundação, o que resulta desnecessário esse acréscimo.⁴³

Tanto pessoas físicas quanto jurídicas são sujeitos de direito, ou seja, podem exercer direitos e/ou cumprir deveres na ordem jurídica.

⁴² Deixe-se claro que também existem as pessoas de direito público, sobre as quais não se comentará nesta monografia.

⁴³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª ed., rev., atual., e aument., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128.

A existência da personalidade é definida pela lei. Se a personalidade é atributo da pessoa, então, deveria ela começar com o nascimento e terminar com a morte. Entretanto, a própria lei admite algumas ficções jurídicas. Isso quer dizer que, “ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida”⁴⁴. São exemplos deste último tipo: a do nascituro, a do ausente, etc. O *leitmotiv* dessa extensão dos termos inicial e final da personalidade é a proteção de certos interesses.

A personalidade civil real (verdadeira ou autêntica) da pessoa natural inicia do nascimento com vida – segundo o art. 2º, do Código Civil⁴⁵ – e finda com a morte, real ou presumida – consoante o art. 6º, também do Código Civil⁴⁶. A doutrina clássica brasileira reconhece o nascimento com vida quando o(a) nascido(a) respirou, questão a ser resolvida por perícia médico-legal. A morte há de ser natural, e não civil, deixe-se claro.

A personalidade jurídica não se confunde com a capacidade jurídica, pois enquanto a primeira é absoluta, a segunda é relativa, comportando variação. A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações na ordem jurídica; já a capacidade seria o limite dessa potencialidade.

A capacidade se divide em capacidade de direito (ou de gozo) e capacidade de fato (ou de exercício). A capacidade de direito é a possibilidade de adquirir direitos ou contrair obrigações, por si ou por terceiros.

É ela inerente ao ser humano, e está incluída na personalidade, sendo esta, no entanto, mais ampla, por não se restringir a aspectos ou campos, e por abranger aqueles direitos considerados fundamentais. A capacidade de direito é limitada, envolvendo direitos particularmente considerados, como a potencialidade em contratar, em manifestar ato de vontade, em reclamar, em se autodeterminar, que permanece em estado latente enquanto menor a pessoa.⁴⁷

Já a capacidade de fato ou de exercício, compreende a prática pessoal de atos da vida civil ou a possibilidade de alguém executar pessoalmente tais atos.

O sistema de incapacidades no Código Civil de 2002 repete o do Código anterior, subdividindo a incapacidade em relativa e absoluta.

A lei civil discrimina as hipóteses de uma e de outra e estabelece efeitos jurídicos distintos para ambas. Enquanto na incapacidade absoluta a pessoa fica impedida de

⁴⁴ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 129

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 194.

praticar, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica e por isso a lei indica seu representante, na relativa deve participar do ato assistida por alguém.⁴⁸

Os absolutamente incapazes são aqueles indicados no art. 3º, do Código Civil, *in verbis*:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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.

Essas pessoas não podem realizar pessoalmente os atos da vida civil sem a devida representação, o que significa a necessidade de alguém para substituí-las na tomada de decisões. Não possuiriam as mesmas nenhum discernimento para a decisão de um ato da vida civil.

O inciso II, do art. 3º, da Lei Civil, que trata sobre aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (no Código de 1916 usava-se a expressão “loucos de todo gênero”, flagrantemente depreciativa), é nitidamente baseado no modelo médico ou reabilitador (vide subtópico 2.1.1).

Os relativamente incapazes estão elencados nos art. 4º, do Diploma Civil, abaixo transcrito:

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

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;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

A essas pessoas é reconhecida a capacidade para praticar os atos da vida civil, mas desde que acompanhados e assistidos por quem a lei indica. Relativamente incapazes são os que podem praticar por si os atos da vida civil que não lhes são vedados, devendo praticar todos os mais autorizados por outrem. A deficiência de capacidade é menos severa que na incapacidade absoluta. A lei procura proteger a pessoa de sua própria inexperiência, evitando que seja ludibriada, coagida ou prejudicada. Uma vez omitida a assistência, não se anulam

⁴⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte geral. Vol I. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 168.

automaticamente os atos, pois é possível que sejam convalidados por meio da ratificação, ou pela ausência de impugnação, ou pela falta de interesse em sua revisão.

2.2.2 OS INSTITUTOS DE PROTEÇÃO DOS INCAPAZES

O tratamento jurídico dos incapazes no direito brasileiro se articula na tríade protetiva autoridade parental, tutela e curatela⁴⁹.

A tutela e a curatela estão previstos, respectivamente, nos Capítulos I e II, do Título IV, do Livro IV (Direito de Família), da Parte Especial, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

2.2.2.1 A DISCIPLINA JURÍDICA DA TUTELA E SUA INADEQUAÇÃO À PROPOSTA DESTE ESTUDO

Como já sugere a designação do presente subtítulo, a tutela não se amolda à proposta desta monografia, por várias razões. Primeiro, porque o objetivo deste trabalho se restringe à curatela, tal como se denota de seu título. Segundo, porque a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não se refere aos menores, pessoas-alvo do poder *tutellae*. E, por fim, os princípios que orientam uma reinterpretação do instituto da curatela são por demais distintos daqueles que concernem à tutela.

No entanto, justifica-se a explanação sobre o instituto da tutela devido ao fato de o Código Civil aproximar-lhe a disciplina àquela do instituto da curatela, realizando, diversas vezes, referências expressas a artigos que tratam sobre a tutela no próprio capítulo destinado à curatela.

Feitos os esclarecimentos devidos, voltemos nossos olhos à análise jurídica propriamente dita.

A tutela é um instituto jurídico conceituado como

[...] o poder conferido a uma pessoa capaz, para reger a pessoa de um menor e administrar seus bens. Ou o encargo civil, conferido pela lei, ou em decorrência de

⁴⁹ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (organizadoras). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 641.

suas regras, a uma determinada pessoa, para o fim de dirigir a pessoa dos menores e administrar os seus bens, os quais não se encontram sob o poder familiar (no Código anterior denominado ‘pátrio poder’) de seus pais.⁵⁰

Vê-se, portanto, que a tutela é um instituto de caráter assistencial, que visa substituir o poder familiar⁵¹, ou seja, ser um sucedâneo a este, tendo em vista a incapacidade absoluta dos menores de 16 (dezesseis) anos e a incapacidade relativa daqueles entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, segundo a dicção dos arts. 3º, inciso I, e 4º, inciso I, do Diploma Civil, respectivamente⁵².

O Código é claro no sentido de que só pode ser conferida a tutela no caso de falta dos pais (porque morreram ou foram considerados ausentes – vide tópico 2.2.2.1) ou no de destituição do poder familiar. Estando vivos os pais e exercendo estes o poder familiar, não há de se falar em tutela. Está é a dicção do art. 1.728, do Código Civil de 2002:

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Tendo em vista que a tutela é um sucedâneo do poder familiar, quem for investido no dito encargo assumirá os direitos e as obrigações inerentes ao exercício do poder familiar, tais como:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 945.

⁵¹ O poder paternal ou poder familiar (antes denominado pátrio poder), no direito brasileiro, traduz-se num conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre pais e filhos. Essencialmente são os deveres de assistência, auxílio e respeito mútuo, e mantêm-se até aos filhos atingirem a maioridade, que pode ser adquirida de várias maneiras e muda conforme a legislação de cada país.

⁵² Art. 3º **São absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

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.

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

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;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Historicamente, desde Roma e passando pela legislação lusitana, a tutela foi criada com propósitos visivelmente patrimonialistas, disciplina esta refletida no Código Civil de 1916, podendo ser verificada através de uma simples leitura dos artigos que estavam em consonância com a matéria, os quais, em sua esmagadora maioria, tratavam de questões patrimoniais.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, houve uma certa mudança de viés em relação à tutela (e também a outros institutos). Hoje predomina o caráter assistencial e de proteção integral dos filhos, tendo em vista seu melhor interesse.

Trata-se, pois, a tutela de um múnus imposto pelo Estado, de substituição das atribuições inerentes ao poder familiar, com a mesma relevância que era exercido pelos pais, devendo a pessoa revestida da função ter o menor praticamente como filho, dedicando-lhe atenção, carinho, conforto, interesse educacional e profissional, encaminhando-o para a vida, além da preservação do patrimônio e da representação na vida civil.⁵³

Nos dias atuais, praticamente todas as legislações do mundo estão de acordo com a ideia de que a tutela é instituída, e, portanto, deve ser disciplinada, no interesse do pupilo. Não é o menor que é dado ao tutor, mas sim, visando o interesse exclusivo do menor, que a tutela é estabelecida.

Por se inserir no direito assistencial ou protetivo, a tutela se diferencia da guarda e da adoção, ambos os últimos classificados como institutos de direito parental ou de direito de família.

Difere da curatela porque, nesta figura, são postos a salvo outras categorias de incapazes estabelecidas na Parte Geral do Código Civil de 2002. A distinção entre as duas figuras restará clara no tópico subsequente.

No caso de ausência, nomeia-se curador, e não tutor, sem que essa situação se destaque do âmbito do direito assistencial ou protetivo. Para maiores considerações sobre a ausência, vide tópico 2.2.2.1.

O art. 1.729, *caput*, do Código Civil de 2002, estabelece, em dissonância ao Código Civil de 1916, que a nomeação do tutor é realizada por ambos os pais, em conjunto. Essa

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 947.

mudança é reflexo da constitucionalização do Direito Civil, uma vez que, espalhando-se o princípio da igualdade – o qual é previsto na Constituição da República em diversas oportunidades (Preâmbulo, art. 3º, inciso III, art. 4º, inciso V, art. 5º, *caput*, etc.) – em todos âmbitos do Direito, observamos o declínio do pátrio poder, substituído que foi pelo poder familiar.

O procedimento para a nomeação do tutor (bem como do curador) está previsto nos arts. 1.187 a 1.193, do Código de Processo Civil.

Três são os tipos de tutela apontados pela doutrina e previstos pela lei, quais sejam: a testamentária, a legítima e a dativa.

A tutela testamentária vem a ser aquela estabelecida por testamento ou ato de última vontade. Está disposta no art. 1.729, do Código Civil de 2002. Essa nomeação por testamento ou por ato de última vontade deve ser realizada em conjunto, ou por somente um dos pais no caso de exercer exclusivamente o poder familiar (art. 1.730, do Código Civil de 2002).

A tutela legítima é aquela que provém da própria lei, e não da vontade das partes, segundo uma ordem de proximidade preestabelecida. Dita ordem vem descrita no art. 1.731, do Código Civil:

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Essa ordem, contudo, não é inexorável, uma vez que o vetor interpretativo do instituto é o melhor interesse do menor.

Nomeará o juiz aquela pessoa que melhores condições apresentar, que sobressai em interesse, ou que se oferece espontaneamente para o munus. Seria até constrangedor impor a obrigação a um parente pela só razão de se encontrar em grau mais próximo, e que aceita a nomeação unicamente por não encontrar qualquer motivo para a escusa.

Na escolha da pessoa apta, examinará o juiz as condições econômicas, familiares, de idoneidade de cada parente, optando pelo que apresentar capacidade, abnegação, afeição, desprendimento e afinidade para o cargo.⁵⁴

Por fim, existe a tutela dativa, que é um tipo supletivo. Ela é conferida pelo juiz nos seguintes casos:

⁵⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 951.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I – na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II – quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III – quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Pode-se citar ainda a tutela *ad hoc*, que é aquela na qual se nomeia um tutor para assistir ou defender o menor em atos processuais específicos, e a tutela do menor em estado de abandono, prevista nos arts. 36 a 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A tutela é considerada um múnus público, uma vez que se reveste de alto interesse social. Trata-se de um encargo pessoal, exclusivo e obrigatório. Entretanto, admite-se delegação, nos seguintes termos:

Art. 1.743. Se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela.

Pode o tutor ser remunerado em virtude da função, exceto quando os recursos do menor forem muito exíguos (art. 1.752, da Lei Civil).

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.735, proíbe certas pessoas de exercerem a tutela, quais sejam:

Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

Os arts. 1.736 a 1.739, do Código Civil, tratam da escusa dos tutores, enumerando certas situações excepcionais.

O art. 1.745, parágrafo único, do Código Civil, exige prestação de caução por parte do tutor quando o patrimônio do pupilo seja de alto valor.

O art. 1.744, do Código Civil, diz respeito à responsabilidade do juiz:

Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:

- I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;
- II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

No que tange ao exercício da tutela, a maior parte dos dispositivos se referem aos interesses patrimoniais dos menores. Escapando dessa tendência, o art. 1.740, do Código Civil, destaca às incumbências do tutor em relação à pessoa do pupilo:

Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor:

- I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição;
- II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;
- III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Quanto ao sustento do tutelado, oportuno trazer à tona o art. 1.746, do Código Civil que prevê o sustento do menor por seus próprios bens, quando os tiver.

A administração dos bens do pupilo é a tônica da disciplina da tutela e, nessa toada, estabelece o art. 1.741, do Código Civil, que “Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.”

A administração abrange uma série de poderes e atividades, que vai da gerência e do seu comando, à conservação, vigilância, guarda e proteção, sem abranger a sua disposição ou alienação, a não ser de bens móveis de pequeno valor e de fácil deterioração.⁵⁵

O art. 1.742, do Código Civil, prevê a figura do protutor, desconhecida do Código de 1916, o qual é responsável pela fiscalização dos atos do tutor. O protutor também poderá receber remuneração e está solidariamente responsável pelos prejuízos causados à pessoa do pupilo (art. 1.752, §1º).

Os arts. 1.747 e 1.748, ambos do Código Civil, trazem mais competências do tutor, o primeiro no âmbito da administração e o segundo, exigindo a autorização do juiz, que foge àquele âmbito:

Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

- I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;
- II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;

⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 962.

III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;

IV - alienar os bens do menor destinados a venda;

V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz.

O art. 1.749, do Código Civil, por sua vez, estabelece as proibições a que o tutor está submetido.

Art. 1.749. Ainda com a autorização judicial, não pode o tutor, sob pena de nulidade:

I - adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;

II - dispor dos bens do menor a título gratuito;

III - constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

Os arts. 1.753 e 1.754, do Código Civil, dizem respeito aos bens do tutelado, estipulando certos limites à administração do tutor.

Art. 1.753. Os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados, além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens.

§ 1º Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz.

§ 2º O mesmo destino previsto no parágrafo antecedente terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência.

§ 3º Os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação.

Art. 1.754. Os valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do artigo antecedente, não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz, e somente:

I - para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens;

II - para se comprarem bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1º do artigo antecedente;

III - para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado;

IV - para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.

A responsabilidade dos tutores está prevista no Capítulo I (Da Obrigação de Indenizar), do Título IX (Da Responsabilidade Civil), do Livro I (Do Direito das Obrigações), da Parte Especial, do Código Civil. Leciona o art. 932, inciso II, do citado Código:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Os atos ilícitos praticados pelo menor de dezesseis anos não o tornam responsável único pela reparação civil. A responsabilidade se estende à pessoa do tutor, o que também se verifica, mas subsidiariamente apenas, se o menor contar entre dezesseis e dezoito anos, por força do art. 942, parágrafo único, da Lei Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Pontes de Miranda defende que essa responsabilidade independe de o menor encontrar-se em companhia do tutor:

Se o menor não está em companhia do tutor, a responsabilidade desse também é patente, porque nada lhe permite entregar a outrem parte do exercício da tutela, salvo provimento judicial. O dever a pessoas do menor, de zelar por ele e administrar-lhe os bens compete ao tutor. Se esse os passa a outrem, a ordem jurídica em nada fica prejudicada, porque a tutela é indelegável. O tutor é responsável pela reparação, embora lhe fique a ação regressiva contra o diretor do colégio, do instituto, ou qualquer outra pessoa sob cuja guarda estava o pupilo.⁵⁶

⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Vol. IX. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983, p. 260-261.

Importante lembrar a possibilidade de o tutor reaver o que pagou junto ao menor, lastreado no art. 934, do Diploma Civil:

O art. 1.752, *caput*, da Lei Civil, também trata da responsabilidade do tutor.

Art. 1.752. O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado; mas tem direito a ser pago pelo que realmente despendeu no exercício da tutela, salvo no caso do art. 1.734, e a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados.

§ 1º Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada.

§ 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano.

Outro dever dos tutores é a prestação de contas, prevista nos arts. 1.755 a 1.762, do Código Civil.

Esta incumbência é um corolário do próprio exercício da tutela, em virtude do princípio universalmente aceito de que a prestação de contas é obrigatória sempre que há a administração de bens alheios. E ainda porque, sem ela, não haveria como o juiz comprovar a eventual responsabilidade daquele que exerceu o múnus.

O tutor deve apresentar um balanço anual e uma prestação bienal de contas. A prestação de contas também se dará quando se deixar o encargo ou quando o juiz achar conveniente (arts. 1.756 e 1.757, do Diploma Civil).

No acerto de contas, creditar-se-ão, a favor do tutor, as quantias concernentes às despesas que este teve, e exigidas na administração, bem como no sustento do pupilo, e as relativas à prestação de contas, em consonância com os arts. 1.760 e 1.761, do Código Civil.

A extinção da tutela, pela emancipação ou pela maioridade, também implica em prestação de contas (art. 1.758, do Código Civil). Nem a morte, a declaração de ausência ou a interdição dispensam o tutor da prestação de contas, a qual será feita por seus herdeiros ou representantes legais (art. 1.759, da Lei Civil).

Ao tutor, faculta-se a ação de indenização por danos cometidos pelo pupilo, seja contra ele ou contra terceiros. O tutor tem ação contra o pupilo para haver o saldo que se apurou em seu favor, no julgamento de suas contas, ou a indenização devida pelo prejuízo que sofrer em defesa dos interesses daquele (*actio tutelae contraria*). Nela, ou na que lhe mover o tutelado, nomear-se-á um curador especial (o chamado curador à lide), cuja atividade cessará quando se ultime a ação.

Ao tutelado cabem as ações de nulidade ou de anulabilidade dos atos praticados contra a lei, de prestação de contas, de cobrança judicial, de indenização (nas hipóteses do art. 1.753, § 3º, do Código Civil). Segundo a dicção do art. 178, inciso III, do Diploma Civil, decaem em 04 (quatro) anos as ações de nulidade e de anulabilidade, contados a partir da maioridade do tutelado ou de seu suplemento de idade.

A ação do menor para requerer tais anulações prescreve em quatro anos a contar do dia e que cessa a menoridade, ou obtém suplemento de idade o menor (art. 178, § 9º, V, letra c). Em igual prazo prescreve a ação dos demais interessados, pois que a regra legal não se refere apenas à ação do menor, mas à ação de anulação, em geral, sem especializar o seu tutor. Assim, o herdeiro ao pode requerer a anulação de tais casos senão até quatro anos após a morte do menor, se o menor faleceu depois de se suplementar ou atingir a maioridade.⁵⁷

Nas demais ações (prestação de contas, indenização, cobrança, etc.), segue-se o prazo prescricional do art. 205, do Código Civil, que é de 10 (dez) anos. Isso também serve às demandas propostas pelo tutor, inclusive para as ações de nulidade e de anulação proposta por este último.

A tutela é limitada no tempo, pois durará até o alcance da maioridade ou de seu suplemento; a tutela findará, outrossim, nos casos de cair o menor sob o poder familiar ou de ser ele reconhecido ou adotado (art. 1.763, incisos I e II, do Diploma Civil). É claro que a tutela encontrará seu termo também com a morte do menor.

As funções do tutor serão encerradas quando (art. 1.764, incisos I a III, da Lei Civil):

- a) Expirar o termo a que era obrigado servir – o art. 1.198, do Código de Processo Civil, estabelece o prazo de 10 (dez) dias para requerer a exoneração;
- b) Sobrevier escusa legítima – o art. 1.738, do Código Civil, concede o prazo de 10 (dez) dias para a escusa, o qual inicia de sua designação para o encargo, sob pena de renúncia; caso o motivo apareça depois de aceita a tutela, aquele prazo é contado de quando sobrevier a causa;
- c) For ele removido.

O tutor também será destituído nas hipóteses de negligência, de prevaricação ou de incapacidade, por presumir-se o desinteresse pelo cargo ou por ausência das condições ínsitas ao bom pai ou boa mãe.

O já citado art. 1.735, do Código Civil, também estabelece, em seus incisos, casos de exoneração, bem como aqueles previstos nos arts. 1.637 e 1.638, do mesmo Diploma legal, e no art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) que tratam sobre poder

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 298.

familiar. O procedimento para remoção ou destituição do tutor (bem como do curador) está previsto nos arts. 1.194 a 1.198, do Código de Processo Civil.

Caso a incapacidade perdure após a maioridade, deverá ser nomeado curador, extinguindo-se o poder *tutellae*.

2.2.2.2 A DISCIPLINA JURÍDICA DA CURATELA

A curatela é um instituto que visa à proteção dos maiores incapazes, constituindo-se em um “encargo público cometido, por lei, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, que, pó si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental”⁵⁸.

São partes da curatela o curador e o curatelado. O primeiro representa o segundo na prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade absoluta ou relativa (art. 166, inciso I, do Código Civil).

As pessoas que se sujeitam ao poder *curatellae* estão dispostas nos incisos do art. 1.767, do Diploma Civil, *in verbis*:

Art. 1.767. Estão sujeitos a 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;
- V - os pródigos.

A curatela pressupõe um processo de interdição, o qual pode ser promovido pelos pais ou tutores, pelo cônjuge ou qualquer parente, ou, ainda, pelo Ministério Público, segundo os arts. 1.768, do Código Civil, e 1.769, do Lei Processual Civil.

O procedimento para interdição está previsto nos arts. 1.177 a 1.186, do Código de Processo Civil.

Nos casos de interdição de deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e pródigos, como a interdição é relativa devido às situações singulares em que se encontram os interditandos, deve o juiz determinar os limites da curatela (art. 1.772).

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.444.

O art. 1.775, da Lei Civil, estabelece que o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, o curador do outro quando interdito. Esse mesmo dispositivo vai estabelecendo uma ordem legal para a escolha da curadoria.

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.

A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observados os casos de emancipação (art. 1.778, do Código Civil).

Havendo meios de recuperar o interdito, o curador deve promover seu tratamento em estabelecimento apropriado (art. 1.776, do Diploma Civil).

A recuperação do interdito enseja o levantamento da interdição, uma vez cessada a causa determinante (Art. 1.186, do Código de Processo Civil).

O exercício da curatela segue as mesmas regras relativas à tutela, segundo o art. 1.774, do Código Civil. Isso abrange a prestação de contas.

O Código Civil de 2002 trouxe novas formas de curatela. A primeira delas é a curatela do nascituro, possível se o suposto pai falecer e, estando grávida a mulher, esta não possuir o poder familiar. Se, eventualmente, a mulher estiver interditada, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779, parágrafo único, da Lei Civil). No caso da pessoa com enfermidade ou com deficiência, podem estas pessoas requerer, expressamente, a curatela (art. 1.780, do Diploma Civil) ou por meio de outras (art. 1.768, do Código Civil).

2.2.2.2.1 DA AUSÊNCIA

Há de se comentar, neste trabalho, a morte presumida, uma vez que tange o instituto da curatela. A morte presumida é o estágio final da ausência, que, nas palavras de Orlando Gomes, seria:

[...] o estado de quem desapareceu do seu último domicílio, sem ter deixado representante. Ausente, a pessoa de quem se desconhece o paradeiro, de quem não

se sabe se está vivo ou morto. O conceito jurídico não coincide, assim, com o sentido vulgar da palavra.⁵⁹

No Direito brasileiro, a declaração de morte do ausente obedece a certos requisitos legais, os quais estipulam um prazo para esse reconhecimento. São reconhecidos três períodos que se sucedem: o primeiro, o de ausência presumida, no qual a presunção de existência é mais forte do que a suspeita de morte; o segundo, o de ausência declarada, no qual as presunções de contrabalanceiam; o terceiro, o de morte presumida, no qual a presunção de morte supera a de existência.

Aqueles períodos são importante devido ao fato de que a disciplina legal varia em conformidade a eles. No primeiro período, a gama de interesses do ausente, bem como a das pessoas a ele relacionadas, determinam que se nomeie curador provisório. No segundo, a ausência é declarada judicialmente, abrindo-se a sucessão provisória. Por fim, no terceiro, é iniciada a declaração de morte presumida e a abertura da sucessão definitiva.

A proteção do ausente passa pelos seguintes requisitos: o desaparecimento da pessoa do seu domicílio ou residência sem que se saiba onde está; a necessidade de regência de seus bens; o requerimento de qualquer interessado ao juiz para nomeação de curador; a verificação judicial, de caráter sumário, da existência dos dois primeiros requisitos já citados; a nomeação de curador provisório. Esse é o teor do art. 22, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Também será declarada a ausência, e será nomeado curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes – art. 23, do Código Civil⁶⁰.

A curadoria provisória é deferida, preferencialmente, ao cônjuge, e, na sua falta, sucessivamente, aos ascendentes (pais) e descendentes, os mais próximos precedendo os mais remotos, nos termos do art. 25, §§ 1º e 2º, do Código Civil, *ipsis litteris*:

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

⁵⁹ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 130.

⁶⁰ Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

Caso não existam, o curador será indicado pelo juiz, quando, então será chamado de curador dativo – art. 25, § 3º, do Código Civil⁶¹ –, em contraposição, ao curador legítimo, ambos com os mesmos poderes e deveres. Deve o curador (dativo ou legítimo) representar o ausente judicial e/ou extrajudicialmente, além, é claro, de prestar contas de seu múnus.

Perdurando o estado de incerteza e decorrido 01 (um) ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se deixou representante ou procurador, em se passando 03 (três) anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão – art. 26, do Código Civil⁶². O próprio Código Civil estabelece o rol de interessados, *in verbis*:

Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior, somente se consideram interessados:

I - o cônjuge não separado judicialmente;

II - os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;

III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;

IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Orlando Gomes leciona:

[...] A declaração judicial de ausência pressupõe duração contínua do período inicial em que é presumida. Emite-a o juiz, em sentença que não faz coisa julgada e, de regra, somente se torna eficaz algum tempo após a publicação.

Os efeitos da declaração alcançam tanto a esfera patrimonial como pessoal do ausente, atingindo profundamente sua condição jurídica. Produzem-se alguns automaticamente, enquanto outros demandam provocação do interessado.⁶³

Esse “algum tempo após a publicação” da sentença, mencionado por Orlando Gomes, é de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do art. 28, *caput*, do Código Civil, abaixo colacionado:

Art. 28. **A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa;** mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

§ 1º Findo o prazo a que se refere o art. 26, e não havendo interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.

§ 2º Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.

⁶¹ Art. 25. [...]

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.

⁶² Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

⁶³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 132.

Da leitura do art. 28, do Código Civil, nota-se que o principal efeito patrimonial da declaração da ausência é abertura da sucessão provisória. É de se reparar que, porque a sucessão é provisória, os herdeiros, excetuando-se os ascendente, descendente e o cônjuge, devem dar garantias para se imitirem na posse dos bens do ausente, conforme preleciona o art. 30, do Código Civil:

Art. 30. Os herdeiros, para se imitirem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.

§ 1º Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.

§ 2º Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.

Dessa forma, reaparecendo o ausente, ou apresentando-se prova de sua existência, cessam todas as vantagens dos herdeiros, devendo estes restituir àquele os bens em cuja posse provisória se achavam imitados. Trata-se, portanto, de sucessão resolúvel. Esse é o teor do art. 36, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono.

Enfim, tem-se a declaração de morte presumida, com a consequente abertura da sucessão definitiva. Ela só ocorrerá “dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória”⁶⁴, podendo, então, os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. A declaração judicial de morte presumida substitui a prova de óbito. Também poder-se-á requerer a sucessão definitiva “provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele”⁶⁵.

Quanto ao retorno do ausente após a abertura da sucessão definitiva, estabelece o art. 39, do Código Civil:

Art. 39. Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

⁶⁴ Art. 37, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

⁶⁵ Art. 38, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Parágrafo único. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

No que tange à esfera pessoal do ausente, os efeitos da declaração de morte presumida se fazem sentir mormente no campo do direito de família, podendo ser citados: a dissolução da sociedade conjugal, a partilha de bens comuns, a possibilidade de adoção de eventuais filhos, a extinção do vínculo matrimonial.

3 MUDANÇA DE PARADIGMA NO TRATAMENTO DA INCAPACIDADE E SUA INFLUÊNCIA NO INSTITUTO DA CURATELA

3.1 MUDANÇAS DE PARADIGMA

A constitucionalização do direito, especialmente do direito civil, é a base jurídico-filosófica para o questionamento do atual modelo de tratamento da incapacidade, o qual deve ser relido à luz das normas constitucionais, de modo a constituir um instrumento de proteção, desenvolvimento e autodeterminação da pessoa digna.

A doutrina tradicional, embasada nas ideias do liberalismo e do individualismo, concebeu o direito privado, bem como seus conceitos e categorias, em termos estritamente patrimoniais. A ordem do ter suplantava a ordem do ser, fazendo com que as técnicas aplicadas àquela fossem também utilizadas nesta.

Os Códigos Civis de 1916 e de 2002, por meio do rol de incapacidades e dos institutos que visam ao seu suprimimento, construíram o regime jurídico da capacidade de acordo com o paradigma patrimonialista.

Não é porque o direito brasileiro condiciona a personalidade jurídica, unicamente, ao “nascimento com vida” que todas as pessoas gozam do exercício pleno de direitos e deveres em igualdades de condições. Isso restou claro quando se explicou a diferença entre capacidade jurídica e capacidade de exercício no subtópico 2.2.2 desta monografia. O regime jurídico das incapacidades foi concebido com o intuito de proteger aquelas pessoas que não possuíam discernimento suficiente para os atos da vida civil, por lhe faltarem alguns elementos para a perfeita formação da vontade.

Contudo, a (in)capacidade das pessoas naturais merece um olhar mais atento da doutrina, um estudo particular, porque a entrada em vigor, há menos de uma década, de um *novo Código*, que traz um regramento aparentemente semelhante ao anterior, pode contribuir para um certo estrabismo jurídico, que ainda, de certo modo, fecha os olhos para a profunda mudança ocorrida no direito civil contemporâneo, o qual é marcado pelo reconhecimento da normatividade dos princípios, pela essencialidade dos direitos fundamentais e orientado, sobretudo, pela realização plena do ser humano.

[...]

Essa mudança de perspectiva obriga a uma nova forma de interpretar e aplicar o regime das incapacidades, e, por consequência direta, os institutos da tutela e da

curatela, de modo que partam da ideia de autonomia privada do incapaz e da construção do conceito de dignidade em cada caso concreto (...).⁶⁶

É nessa toada que a personalidade passou a ser vista sob dois vértices, quais sejam: aptidão para a titularidade de situações jurídicas, ou seja, como pressuposto do exercício de direitos e deveres (acepção clássica); e, sob o vértice objetivo, a personalidade é tomada como objeto de proteção do ordenamento jurídico, como um conjunto de atributos inerentes ao ser humano, que asseguram sua integridade e sua dignidade.

É que a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identificando-se com o elemento subjetivo das situações jurídicas.

De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.⁶⁷

A crítica ao atual modelo do poder *curare* só é possível ante o prévio questionamento do próprio regime de incapacidade sobre o qual se apoia o instituto da curatela.

A divisão entre situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais é essencial para justificar a revisão não só do regime de capacidades, mas também de todo o direito civil.

A evolução política e jurídica obrigou a que nosso ordenamento jurídico se transformasse radicalmente. De um paradigma liberal, de acentuado caráter individualista e patrimonial, situamo-nos, hoje, em um marco político que procura, acima de tudo, equilibrar interesses individuais e coletivos, a partir de uma perspectiva profundamente existencialista e humanizada da ordem jurídica.

A eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República quer significar que o direito não se ocupa do ser humano apenas quando, na qualidade de pessoa natural, utiliza determinadas prerrogativas jurídicas, para exercer certos papéis no mundo jurídico, transformando-se em sujeito de certos direitos, de cunho meramente patrimonial. Pela primeira vez, o direito passa a se ocupar do ser humano de maneira concreta, independentemente de ele ser ou não sujeito de relações jurídicas tipificadas e, assim, a titularidade e o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais assumem relevância e as situações jurídicas patrimoniais passam a ser funcionalizadas em relação às primeiras.

⁶⁶ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 643-644.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

Não há mais como justificar a aplicação da mesma lógica da capacidade de agir em situações patrimoniais nas situações jurídicas existenciais, sob pena de se farpear direitos fundamentais da pessoa. A divisão entre capacidade jurídica e capacidade de gozo, com a adoção de mecanismos de tomada de decisão substituída, muito embora funcione, com certo sucesso, nas situações patrimoniais, não servem, de forma alguma, às situações existenciais, pois, nestas, os direitos estão intimamente ligados à personalidade humana.

A inaptidão para a prática de atos patrimoniais não implica a inaptidão para a prática de atos de valor existencial.

A falta de inaptidão para entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de maneira que a *incapacità naturale* construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, se pode traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva idoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do déficit psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.⁶⁸

Todas as considerações realizadas no Capítulo 1 deste trabalho mostraram que houve uma reviravolta profunda no ordenamento jurídico nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentro da qual o direito civil necessitou rever sua visão da pessoa humana, que, por sua dignidade, assume lugar de primazia nas relações privadas. Tal “virada de Copérnico”⁶⁹ realizada pela Constituição de 1988 (bem como, o fenômeno da constitucionalização do direito civil) exige uma revisão do regime de incapacidades.

Neste cenário, a (in)capacidade de agir não mais se referencia ao abstrato sujeito de direito, mas se liga à pessoa humana, o real e concreto “sujeito de necessidades”. Deixando de ser uma qualidade que se adere ao modelo de sujeito jurídico entretecido pela civilística clássica, isto é, o proprietário que exerce suas titularidades no âmbito negocial, a capacidade de agir (ou sua falta) passa a se conectar à criança, ao adolescente, ao portador de transtorno mental, ao idoso etc. Aqui este instituto jurídico se defronta com a dimensão ontológica da pessoa humana.⁷⁰

⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 163.

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repesando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 317-324.

⁷⁰ MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Vol. 46, abr.-jun. de 2011, p. 5.

A manutenção do atual sistema de incapacidades para gerir todos os atos jurídicos se reveste de um reforço positivo da visão patrimonialista do ordenamento jurídico. É preciso predispor-se a reconstituir o direito civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. O papel da pessoa humana, vista, anteriormente, como mero proprietário (pela lógica do ter), assume, hoje, função, secundária e complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do direito civil, não encontra respaldo na realidade contemporânea, mais voltada que está ao ser humano, considerado em sua total dimensão ontológica.

Pietro Perlingieri, ao defender tal perspectiva, sugere a incindibilidade entre titularidade e exercício das situações jurídicas existenciais. Em outros termos, para os interesses patrimoniais, seria ainda justificado separar o momento da titularidade do direito (gozo) daquele da sua atuação (exercício), o que não poderia acontecer em relação às situações subjetivas existenciais, pois, concebidos certos direitos com a finalidade de desenvolvimento da pessoa humana, não haveria modo de, abstratamente, reconhecer um direito sem a possibilidade de exercitá-lo. Essa dicotomia é justamente o que se percebe na concepção clássica do binômio capacidade de gozo-capacidade de exercício.

[...] cabe observar que em um ordenamento comprometido com a autonomia, deve-se admitir que o regime das incapacidades como estabelecido no Código Civil de 2002, voltado para relações de caráter patrimonial, não pode ser simplesmente transposto para situações de caráter existencial, onde o valor autonomia não pode ser relativizada por questões de segurança no tráfego negocial ou operabilidade.⁷¹

A capacidade de agir, com o novo viés do direito civil constitucional, deve ter sua origem na realidade biopsicológica da pessoa humana, e não num sistema fechado em si mesmo, com divisões formuladas *a priori*, tal qual se mostra o atual tratamento da matéria no Código Civil de 2002.

A exigência de uma proteção diferenciada, que respeite parcelas de discernimento do incapaz e sua vontade naquilo que concerne a atos existenciais, está apenas a refletir avanços realizados pela Medicina e pela Psicologia, que deixam claro que causas psicofísicas que afetam o discernimento de um indivíduo não o afetam de maneira plena nem em todos os seus variados aspectos ou dimensões.

[...]

Por esta razão, é incoerente e incompatível a manutenção de categorias abstratas de incapazes e interditos que levam à classificações [sic] de absolutamente e relativamente incapazes, graduadas de acordo com as categorias abstratas anteriormente mencionadas. A abstração, neste caso, leva à total impossibilidade de examinar a pessoa humana inserida na relação jurídica com todas as particularidades, ratificando que deve ser examinado o sujeito de direito abstrato, de

⁷¹ SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia privada: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 153.

acordo com a categoria tipificada de antemão, para o mais perfeito enquadramento no regime das incapacidades, mediante o esquema interpretativo da subsunção.⁷²

Interessante notar que já há decisões judiciais nesse sentido, ou seja, diferenciando os dois âmbitos da vida da pessoa com incapacidade (o patrimonial e o existencial)⁷³.

Muitos autores sugerem que a determinação da capacidade, no contexto sócio-jurídico hodierno, deve ser atestada pelo discernimento *in concreto* de cada pessoa, ou seja, a incapacidade declarada judicialmente deve ser exatamente proporcional à medida da ausência do discernimento, mensurada individualizadamente, de sujeito para sujeito. Tal concepção recebeu o título de teoria realista da capacidade de agir.

De fato, a teoria realista tem em vista, por um lado, a pessoa concreta, ou o ser humano real que se apresenta no viver quotidiano, na medida em que se sustenta sobre as bases biopsicológicas do homem, ou seja, no seu efetivo discernimento. De outro ângulo de visada, este real autogoverno se liga à liberdade de agir e de escolha da pessoa, a qual se constitui verdadeiro centro de decisão livre que se autoconforma ao se conduzir de acordo com o projeto de vida autonomamente planeado. Indubitavelmente intrínseca à noção de dignidade da pessoa, a liberdade pode ser entendida, na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, como postulado do substrato material da dignidade que assume as vestes de princípio (ou valor) jurídico – a ser realizado praticamente – corolário do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Eis que, nestes termos, a capacidade de agir sob a lente realista se alinha com os aludidos prismas da dignidade.⁷⁴

Dessa forma, sob esse enfoque realista da capacidade, poder-se-ia justificar a gradação da capacidade de agir.

Em outras palavras, apenas uma noção que se firma sobre as bases do discernimento, causa da aptidão para exercer situações jurídicas subjetivas, dá ensejo à gradação da capacidade de agir na medida do autogoverno psíquico da pessoa humana.⁷⁵

Não se questiona, neste momento, a aplicação do regime clássico das incapacidades para as situações jurídicas patrimoniais, mas somente no que tange às situações jurídicas existenciais, nas quais a capacidade deve ser verificada em cada situação concreta, de modo a não se sacrificar, de forma alguma, a autonomia privada das pessoas com incapacidade, bem como sua dignidade humana.

Trata-se, portanto, de uma revalorização da vontade sem o retorno ao voluntarismo, pois a vontade, hoje, é funcionalizada à realização de objetivos constitucionais e, principalmente, ao livre desenvolvimento da personalidade.⁷⁶

⁷² RODRIGUES, Renata de Lima. Op. cit., p. 647.

⁷³ TJMG, AC 1.0079,04.164946-2/001(1), 6ª Câmara Cível, julgado em 12.02.2008, DJMG de 04.03.2008.

⁷⁴ MACHADO, Diego Carvalho. Op. cit., p. 7-8.

⁷⁵ MACHADO, Diego Carvalho. Op. cit., p. 9.

⁷⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e Capacidade de Exercício. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 6-36, jan./mar. 2008, p. 16.

O discernimento, assim, assume importante papel na aferição da capacidade de exercício, ao ser a medida da integridade psíquica da pessoa.

A integridade psíquica se consubstancia no discernimento completo e é a mola propulsora da concessão da plena capacidade de exercício. Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as conseqüências dos seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável.⁷⁷

Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou, pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendidas. O estado pessoal ou patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do déficit psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas de força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa.⁷⁸

Essa nova leitura se mostra essencial para a concretização dos ditames constitucionais. O fenômeno da constitucionalização do direito exigiu um abandono da antiga concepção de autonomia da vontade – entendida que era como princípio de direito privado pelo qual o agente tinha possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos – e a ascensão do princípio da autonomia privada, que é, subjetivamente, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros.

O princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, englobando seus mais diversos aspectos, inclusive o de fazer escolhas no âmbito da própria vida, o que é essencial para a efetivação da dignidade humana e para o livre desenvolvimento da personalidade. É criticável a reconstrução dos atos de autonomia fundando-se exclusivamente em sua patrimonialidade, o que nos impõe uma releitura do sistema das incapacidades, atualmente disposto no CCB/02.

Uma vez que a liberdade é conteúdo fundamental da dignidade humana – ao lado de outros componentes –, exaltá-la é uma forma de proteção e promoção da pessoa, haja vista os dizeres de Kant, para quem “a autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional”. Se o instituto da capacidade visa resguardar o incapaz, não pode ser utilizado como forma de aprisioná-lo e de tolher suas opções existenciais, caso ele seja dotado de maturidade e de responsabilidade para assumir os efeitos de suas escolhas, sob pena de se transformar em prisão, cerceando as diversas formas de manifestação da sua personalidade.

Por essa razão, os espaços de liberdade devem ser garantidos, se a pessoa tiver condições para preenchê-los de forma responsável, caso apresente discernimento para tal. O regime das incapacidades não pode servir de limite intransponível às

⁷⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op.cit., p.16

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 164.

manifestações de liberdade e às escolhas pessoais, sob pena de se tornar instrumento de desvio do objetivo de proteção ao incapaz, que constitui sua *ratio*.⁷⁹

No próximo tópico, comentar-se-á sobre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, seu histórico, seus princípios gerais e suas mudanças no ordenamento jurídico nacional

3.2 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – DECRETO Nº 6.949/2009

3.2.1 HISTÓRICO

Indivíduos com alterações físicas, sensoriais ou cognitivas não foram sempre tratados como um grupo. Antigamente, eram eles divididos e classificados segundo as alterações que portavam: os surdos, os cegos, os aleijados, os loucos, etc. O conceito de deficiência surgiu, em princípio, na primeira metade do século XX, como modo de agrupar aqueles indivíduos tão distintos.

Não é tarefa fácil traçar o conceito de deficiência, pois ele transmuta de acordo com a área na qual o inserimos, seja saúde, previdência, educação, etc.

Regra geral, deficiência pressupõe a existência de variações de algumas habilidades que sejam qualificadas como restrições ou lesões. O que inexiste, no entanto, é consenso sobre quais variações de habilidades e funcionalidades caracterizam deficiências. Há pessoas com lesões que não experimentam a deficiência, assim como existem pessoas com expectativa de lesões que se consideram deficientes. Traçar a fronteira entre essas diversas expressões da diversidade humana é exercício intelectual no limite de diferentes saberes, em especial entre o conhecimento médico e as ciências sociais. Essa variedade de interpretações e experiências, em torno do corpo e da relação desse com o ambiente social, perpassa grande parte das discussões contemporâneas sobre deficiência e justiça social.⁸⁰

A ideia de deficiência é frequentemente associada a limitações em habilidades consideradas “normais” para o convívio social. Um enorme problema surge, porém: como determinar quais são essas habilidades? Tendo em vista que as habilidades para executar diferentes tarefas não são distribuídas igualmente na população, definir que tipo de variação

⁷⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op.cit., p. 18-19.

⁸⁰ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Op. cit., p. 3.

seria uma deficiência seria, necessariamente, um juízo de valor. Há de se ter cuidado, portanto, em não confundir dois conceitos completamente diferentes: lesão e deficiência⁸¹.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) , em 1976, publicou a *International Classification of Impairment, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, objetivando aplicar a lógica classificatória da Classificação Internacional de Doenças (CID) para o campo das lesões e das deficiências. De acordo com aquela classificação, *impairment* (deficiência) foi conceituada como a perda ou a anormalidade em órgãos, sistemas e/ou estruturas do corpo; *disability* (incapacidade) foi caracterizada como a consequência da deficiência do ponto de vista de rendimento funcional – ou seja, no desempenho de atividades essenciais à vida diária; e, por fim, *handicap*⁸² (desvantagem) refletia a adaptação do indivíduo ao meio ambiente, resultante da deficiência e da incapacidade. Vê-se, assim, que a *ICIDH* descrevia as condições decorrentes da doença de forma linear e escalonada. O principal erro dessa classificação foi a falta de relação entre as dimensões que a compunham e a não abordagem de aspectos sociais e ambientais.

Em 2001, veio à tona a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), que descreve a funcionalidade e a incapacidade relacionadas às condições de saúde. Diferindo da *ICIDH*, que propunha a compreensão da deficiência por meio de um modelo unicausal baseado na doença, a CIF é multicausal, ou seja, segundo, esse modelo:

[...] a incapacidade é resultante da interação entre a disfunção apresentada pelo indivíduo, a limitação de suas atividades, a restrição à participação social e os fatores ambientais que podem atuar como facilitadores ou barreiras para o desempenho das atividades e da participação.⁸³

Resumindo, a CIF incorpora três dimensões – a biomédica, a psicológica e a social –, refletindo uma mudança de paradigma na compreensão da deficiência, a qual seria o resultado de uma interação de habilidades, capacidades e meio ambiente.

A CIF foi importante para a uniformização de conceitos, podendo, inclusive, ser utilizada em vários campos do saber.

A definição de deficiência não está relacionada à falta de um membro, nem à redução da visão ou da audição. O que a caracteriza são as dificuldades que as

⁸¹ Seria a deficiência toda e qualquer forma de desvantagem resultante da relação do corpo, com lesões, e a sociedade. Lesão, por sua vez, engloba doenças crônicas, desvios ou traumas que, na relação com o meio ambiente, implica em restrições de habilidades consideradas comuns às pessoas com a mesma idade e sexo em cada sociedade.

⁸² Interessante notar que o termo *handicap* é extremamente pejorativo, uma vez que encontra sua origem na expressão *hand in cap* (boné na mão), aludindo à necessidade de a pessoa com deficiência pedir esmolas para sobreviver.

⁸³ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Op. cit, p. 4.

peças com alguma alteração física ou mental encontram em se relacionar ou se integrar na sociedade. A deficiência não deve ser entendida como sinônimo de doença, pois é fenômeno social que surge com maior ou menor incidência a partir das condições de vida de uma sociedade, de sua forma de organização, da atuação do Estado, do respeito aos direitos humanos e dos bens e serviços disponíveis para a população.

Na opinião de um pesquisador, para se compreender o que é deficiência, não basta olhar para aquele que é considerado deficiente, buscando no seu organismo ou no comportamento atributos ou propriedades que possam ser identificados como sendo a própria deficiência, ou algum correlato dela. É necessário olhar para o contexto, no qual, com o seu sistema de crenças e valores e com a dinâmica própria de negociação, alguém é identificado e tratado como deficiente. Esse contexto condiciona o modo de tratamento da pessoa deficiente e por esse é condicionado.⁸⁴

Pode-se até afirmar que Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em muitos vieses, reafirma o “óbvio ululante”, segundo Nelson Rodrigues, ou seja: as pessoas com deficiência possuem os mesmos direitos que as demais. Contudo, alerta Piovesan que a construção de um tratado novo e específico contribui para “processos que se abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”⁸⁵.

A CDPD não é o primeiro documento internacional a mencionar expressamente os direitos das pessoas com deficiência. Podem ser citados os seguintes documentos internacionais anteriores à CDPD:

- a) 1971: *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons* (Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais);
- b) 1975: *Declaration on the Rights of Disabled Persons* (Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes);
- c) 1988: Protocolo de San Salvador;
- d) 1999: 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 julho de 2001, também conhecida como Convenção de Guatemala.

Não foram somente aqueles documentos que trataram da temática da deficiência, já que esse tema surgiu transversalmente em outras conferências e convenções de temática central diversa.

⁸⁴ BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Op. cit., p. 5.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

Em 2001, na 56ª Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York, EUA, por proposta do Estado Mexicano, foi aprovada a Resolução nº 56/168, a qual estabeleceu o Comitê *Ad Hoc* sobre uma Convenção de Proteção Ampla e Integral de Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência, que aceitou a participação de qualquer Estado-Membro interessado.

A primeira sessão do Comitê *Ad Hoc* ocorreu entre os dias 29 de julho e 09 de agosto de 2002, com a participação de 80 (oitenta) Estados-membros e diversas organizações não governamentais representativas de pessoas com deficiência⁸⁶. Ao final da segunda sessão, determinou-se a criação de um Grupo de Trabalho para um esboço do que viria a ser a atual Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esse foi o documento internacional construído com maior participação direta de pessoas com deficiência e de organizações de pessoas com deficiência⁸⁷.

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.⁸⁸

O processo é o mais rápido da história, concluindo-se em apenas 04 (quatro) anos, entre 2002 e 2006⁸⁹. Em novembro de 2013, 158 (cento e cinquenta e oito) Estados haviam assinado a CDPD, e 138 (cento e trinta e oito) ratificaram-na⁹⁰. A Convenção também é o primeiro tratado de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas a trazer títulos para seus artigos, de modo a facilitar sua acessibilidade.

A República Federativa do Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 30 de março de 2007, ou seja, juntamente com os demais países que

⁸⁶ 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, p. 54. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁸⁷ KAYES, Rosemary; FRENCH, Phillip. *Out of the Darkness into the 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, p. 3. Disponível em: <<http://hrhr.oxfordjournals.org/content/8/1/1.full.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁸⁸ 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. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Ceará – UFC, Ceará, 2013, p. 80.

⁸⁹ 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: 07 de novembro de 2013.

⁹⁰ 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&mtsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

participaram da cerimônia de assinatura em Nova York. Entretanto, a ratificação só veio no dia 1º de agosto de 2008.

A sociedade civil brasileira organizou-se na campanha “Assino Inclusão” em setembro de 2007 para que a CDPD seguisse o procedimento do parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal. O Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência (CONADE) e a antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE)⁹¹ tiveram papel fundamental nesse contexto. Já na Câmara dos Deputados, a CDPD, na primeira sessão, obteve 418 (quatrocentos e dezoito) votos favoráveis, 11 (onze) abstenções e nenhum voto contra. Na segunda sessão, no dia 28 de maio de 2008, houve 356 (trezentos e cinquenta e seis) votos a favor, 06 (seis) abstenções e nenhum voto contra.

Depois da aprovação em dois turnos na Câmara dos Deputados, a Convenção (que agora se tratava de uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC) seguiu para o Senado Federal, o qual a aprovou no dia 2 de julho de 2008, em duas sessões realiadas em ato contínuo, com 56 (cinquenta e seis) votos favoráveis e nenhum contra, perfazendo quórum específico para obter o *status* de emenda constitucional. O Decreto Legislativo nº 186/2009 incorporou a CDPD e seu Protocolo Facultativo ao ordenamento jurídico brasileiro como norma formalmente constitucional. No dia 25 de agosto de 2009, o Presidente da república promulgou e fez publicar a CDPD por meio do Decreto nº 6.949/2009, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal. O Decreto Presidencial dá execução ao tratado a nível interno, mas sua obrigatoriedade começa do depósito do instrumento de ratificação.

3.2.2 PRINCÍPIOS GERAIS

A CDPD trata o fenômeno da incapacidade de forma distinta do modelo clássico proposto pela doutrina privatista do século passado. O teor da Convenção é baseado no modelo social da incapacidade (*vide* subtópico 2.1.2). Pela leitura do Preâmbulo, pode-se, diafanamente, constatar essa afirmação em várias de suas passagens:

Os Estados Partes da presente Convenção,

[...]

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras

⁹¹ A CORDE foi instituída através do Decreto Presidencial nº 93.481/1886. Foi ela substituída pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, criada a partir do Decreto nº 7.256/2010.

devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

[...]

g) Ressaltando a importância de trazer questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade como parte integrante das estratégias relevantes de desenvolvimento sustentável,

h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,

i) Reconhecendo ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

[...]

k) Preocupados com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo,

[...]

m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,

n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,

[...]

(grifo nosso)

Do enfoque próprio do modelo social, essa regulação parte da consideração de que as dificuldades que as pessoas com incapacidade possuem para tomar suas próprias decisões podem ter causa (e, desse modo, podem ser agravadas) na forma como temos desenhado nosso contorno intelectual, comunicacional, físico, etc. O item “e”, do Preâmbulo – “[...] Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução (...) – demonstra a preocupação da CDPD em aceitar a historicidade intrínseca ao conceito de deficiência. Contudo, o conceito, como não poderia deixar de ser, é dado na segunda parte do artigo 1, *in verbis*:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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. (grifo nosso)⁹²

Vê-se, portanto, que a CDPD ainda guarda certos resquícios do modelo médico ou reabilitador. Da Fonseca entende que “o conceito é revolucionário, porque é defendido pelos oitocentos representantes das organizações não governamentais presentes nos debates” e porque esses pleitearam “a superação da conceituação clínica das deficiências”⁹³.

A CDPD se baseia nos preceitos de igualdade e de não discriminação, segundo se denota de seu artigo 1, primeira parte, colacionado abaixo:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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. (grifo nosso)

Essa visão universalista de inclusão das pessoas com deficiência na sociedade delineia-se a partir de um novo paradigma de suportes, em que é essencial a garantia do acesso imediato e contínuo da pessoa com deficiência ao espaço comum da vida em sociedade, independentemente do tipo e do grau de deficiência.

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 [sic]. Por outro lado, em relação à primeira se atribui a responsabilidade de receber e acolher as pessoas na sociedade [sic]; 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.⁹⁴

A CDPD vem confirmar a supremacia da autonomia, ou seja, a liberdade para agir de forma independente e com respeito da sociedade pelas escolhas próprias do indivíduo.

⁹² Importante destacar que as traduções em inglês e em espanhol do artigo 1, da CDPD, trazem o verbo “incluir” no lugar do verbo “ser”. Não há dúvidas de que uso deste verbo em prejuízo daquele causa uma sensível restrição do conceito. Vejam-se os textos abaixo:

*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 nosso)

*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 nosso)

⁹³ DA FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. Op. cit.

⁹⁴ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 72.

O artigo 12, da CDPD, pedra central do presente trabalho, foca na eliminação de barreiras e na adaptação das condições de exercício da capacidade jurídica à situação e às necessidades das pessoas com incapacidade, *in verbis*:

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 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. (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que o mencionado artigo 12, da CDPD, segue a mesma linha de pensamento do tópico anterior desta monografia (tópico 3.1), ou seja, propõe uma nova visão do regime de capacidade, distinta do atual modelo tratado no Código Civil de 2002. O que o preâmbulo da Convenção assinalou, o artigo 12, da CDPD, veio confirmar com qualidade deôntica, com obrigatoriedade jurídica. O dispositivo trata predominantemente de dinâmica da capacidade jurídica como corolário da supremacia da autonomia e visa impedir a supressão da capacidade civil com base na deficiência⁹⁵.

⁹⁵ RAMOS, Cleide. Artigo 12 – Reconhecimento igual perante a lei. *In*: DE RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Orgs.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008, p. 55. 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->

*De lo que se trata es de analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.*⁹⁶

A questão da capacidade jurídica é abordada através da perspectiva dos direitos humanos e fundamentais, que, por meio do processo de constitucionalização, hoje permeiam todo o direito privado.

Promovendo um novo balanceamento entre os princípios da autonomia e da proteção dos vulneráveis, a CDPD reforça o primeiro, aceitando a ideia de que cada um pode eleger livremente suas próprias metas e as formas de atingi-las. A liberdade e a autonomia para tomar as próprias decisões aparecem como princípios gerais no artigo 3, da Convenção, *in verbis*:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;**
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

A respeito do alcance e da interpretação daqueles princípios, Patrícia Cuenca Gómez comenta:

Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes de vida, que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclaman que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas puedan generar dificultades en la toma de decisiones se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre los que, de nuevo, las

[4CQDg&usg=AFQjCNG50EhnEAoLKkbnUUzZzhAb4Ix1lhA&sig2=XTCzrllrA0zo418vXyRgFA&bvm=bv.48705608,d.eWU](https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf)>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

⁹⁶ CUENCA GOMÉZ, Patricia. *El sistema de apoyo a la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*. In: **REDUR 10**, diciembre 2012, págs. 61-94, ISSN 1695-078X, p. 71. Disponível em: < <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf> >. Acesso em: 07 de novembro de 2013. “Trata-se de analisar a situação da pessoa e estabelecer as medidas necessárias – que podem consistir no apoio de um terceiro – para que possa exercer sua capacidade jurídica em igualdade de condições com os demais.” (Tradução livre).

*medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden. El objetivo, por ende, es promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarlas, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección.*⁹⁷

O artigo 12, da CDPD, vem, portanto, igualar as pessoas com incapacidade às demais pessoas, não só nos âmbitos das situações subjetivas existenciais, mas em todos os espaços da vida. Tal artigo é pedra basilar para uma nova compreensão da capacidade, vez que é o resultado da interação do princípio da igualdade e não discriminação com o direito de exercício da capacidade jurídica. Oportuno, então, nesse liame, o artigo 5, da CDPD, abaixo transcrito:

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
- 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.**
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

O reconhecimento da igualdade na capacidade jurídica das pessoas com incapacidade exige que se cumpram as exigências de acessibilidade em todos os âmbitos, sem que se transfira a um terceiro o direito de decidir sobre a vida da pessoa com incapacidade, mas sim pondo à disposição os meios e os apoios necessários para que a pessoa possa tomar suas próprias decisões.

O artigo 12, da CDPD, traz uma gama de direitos em cinco seguimentos distintos, a saber:

- i) Reconhecimento como pessoa perante a lei;
- ii) Igualdade formal;

⁹⁷ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Op. cit., p. 72. “Esses princípios requerem, em um sentido negativo, o respeito à livre eleição de planos de vida, que não pode ser restringida por causa da incapacidade. E, em um sentido positivo, exigem que, naquelas situações nas quais as diferenças que, em verdade, algumas pessoas possam ter em suas habilidades cognitivas as quais possam criar dificuldades na tomada de decisões, adotem-se as medidas ou os instrumentos pertinentes para eliminá-las ou diminuí-las, dentre as quais, de novo, as medidas de apoio adquirem um papel de primeira ordem. O objetivo, assim, é promover e maximizar a autonomia das pessoas com incapacidade e não negá-la, dificultá-la ou impedi-la, manejando como fundamento inquestionável o princípio da proteção.” (Tradução livre).

- iii) Apoio na tomada de decisão;
- iv) Nova regulamentação do exercício da capacidade jurídica;
- v) Direitos patrimoniais.

O item 1, do artigo 12, da CDPD, garante o direito da pessoa com deficiência à personalidade civil.

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.

[...] (grifo nosso)

Esse item não carrega qualquer novidade, pois o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a personalidade civil das pessoas com deficiência.

O item 2, do artigo 12, da CDPD, dispõe sobre a igualdade formal.

Artigo 12

Reconhecimento igual 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.

[...] (grifo nosso)

O princípio da igualdade também já está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal⁹⁸. Contudo, Ramos adverte que “O art. 12, em seu item 02, impede definitivamente a supressão da capacidade jurídica das pessoas com deficiência”⁹⁹. Assim, prevê-se a capacidade civil e legal em igualdade de condições nas searas cível, penal, política, etc.

O item 3, do artigo 12, da CDPD, por sua vez, traz a previsão do sistema de apoio na tomada de decisões, já tratado no subtópico 2.1.2.

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

[...]

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.

⁹⁸ 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:

[...]

⁹⁹ RAMOS, Cleide. Op. cit., p. 54.

[...] (grifo nosso)

Alterando a lógica da substituição e albergando o modelo social, cujo corolário é o apoio na tomada de decisões, a Convenção vai de encontro à disciplina da capacidade no direito brasileiro, e, por consequência, muda, sensivelmente, o instituto protetivo da curatela.

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”.¹⁰⁰

É necessário entender que a capacidade para agir, mais do que um componente da capacidade jurídica, é o meio para se tomar decisões nos mais variados âmbitos, segundo um projeto de vida próprio e singular.

Já se expôs alhures (subtópico 2.1.2) no que consiste a tomada de decisão apoiada. Em síntese, seria um meio de auxiliar a pessoa com deficiência a tomar suas decisões em todos os âmbitos da vida, respeitando-lhe a vontade e as preferências. Esse modelo se contrapõe ao de substituição (também chamado em inglês de *guardianship*), que distorce, ou mesmo se contrapõe, à vontade da pessoa com deficiência, suprime-lhe as habilidades e censura-lhe a voz.

O Comitê de Revisão Legislativa da Irlanda apontou três abordagens conceituais envolvendo a tomada de decisão apoiada, quais sejam: de *status*, de resultado e de função.¹⁰¹

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 [sic], relativizando o conceito com base na situação concreta temporalmente considerada. 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.¹⁰²

¹⁰⁰ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 121.

¹⁰¹ *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: 07 de novembro de 2013.*

¹⁰² SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 122.

A abordagem funcional é, em verdade, aquela que mais respeita a autonomia privada, uma vez que se baseia na ideia de que, para cada ato da vida civil, exigir-se-ia um nível de capacidade jurídica diferenciada. Essa temática já foi tratada no tópico 3.1, utilizando-se de viés distinto, porém.

A tomada de decisão apoiada requer ainda um elementantíssimo: a confiança, considerada determinante no estabelecimento e no exercício da capacidade legal. A Convenção requer que esse apoio seja baseado na confiança, no respeito e que não seja exercido de forma contrária à vontade das pessoas com deficiência¹⁰³.

A implementação do artigo 12, da CDPD, pressupõe o cumprimento do artigo 19, do mesmo documento, *in verbis*:

Artigo 19

Vida independente e inclusão na comunidade

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.

Por fim, faz-se mister destacar que, devido à pressão realizada pelos movimentos da sociedade civil internacional, foi criado um mecanismo de supervisão e de monitoramento dos direitos previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esse mecanismo foi o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual é composto por 18 (dezoito) especialistas indicados pelos Estados e escolhidos pela Assembleia Geral da ONU. Dentre suas competências, destaca-se o monitoramento de todos os países-parte da

¹⁰³ IDA (International Disability Alliance). *Legal Opinion on Article 12 of CRPD*. International Disability Alliance. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.internationaldisabilityalliance.org%2Fsites%2Fdisalliance.e-presentaciones.net%2Ffiles%2Fpublic%2Ffiles%2FlegalOpinionLetterArt12FINAL.doc&ei=pu1_UuX0OI7AkQf78oCgDg&usg=AFQjCNEZYj6UfhjdWssPqgPclBd_wvNcgw&sig2=IGP3aFitNcf6MPZ1cfpYGw&bvm=bv.56146854,d.eW0>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

Convenção e o recebimento de comunicações (por exemplo, denúncias). Por evidente que o Comitê pode mostrar-se um instrumento de pressão por mudanças internas nos países-parte. O Comitê começou a funcionar com a entrada em vigor e a consequente ratificação do Protocolo Facultativo.

3.2.3 REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A Constituição Federal, em seu art. 5º, parágrafo 3º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, prevê que:

Art. 5º

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 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.

§ 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. (grifo nosso)

Sobre a temática, oportuna a seguinte citação:

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 [sic] 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.**¹⁰⁴ (grifo nosso)

Foge aos propósitos deste trabalho realizar uma retrospectiva histórica dos direitos humanos. Contudo, algumas considerações devem (e serão) realizadas.

A ideia de direitos humanos foi concebida em meados do século passado e, à época da Guerra Fria, eram eles conceituados como aquilo que era essencial e indispensável à pessoa. Antônio Augusto Cançado Trindade aponta que esses direitos são caracterizados pelos

¹⁰⁴ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 20.

“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 (...)” (grifos no original)¹⁰⁵. Nesse mesmo passo, José Joaquim Gomes Canotilho leciona que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”¹⁰⁶. Outrossim, pode-se conceituar, muito simploriamente, direitos humanos como o “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 humanas” (grifo no original)¹⁰⁷. Os direitos humanos, portanto, seriam invioláveis, atemporais e universais.

Os tratados e os instrumentos de proteção internacionais vieram à tona com o fito de fazer frente a miríades de violações de direitos humanos, especialmente no que tange a grupos particularmente vulneráveis, dentre os quais é possível citar o das pessoas com deficiência. Alerta Norberto Bobbio que, apesar na necessidade jurídico-científica de estabelecer o fundamento dos direitos humanos, discussão que já possui algumas décadas de existência e ainda continua, o maior problema hodierno dos direitos humanos, como realidade jurídico-prática, talvez seja “não mais fundamentá-los, e sim protegê-los”¹⁰⁸.

No Brasil, segundo a dicção do art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, as atividades de celebração de tratados, convenções e atos internacionais são de competência privativa do Presidente da República, mas, na prática, a representação da República Federativa do Brasil se dá por meio de plenipotenciários com funções específicas, frequentemente membros do corpo diplomático nacional. Eis o teor do mencionado artigo:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

[...]

¹⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In: *XXXIII Curso de Derecho Internacional, El Derecho Internacional en las Americas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, p. 407-490, 2007, p. 413. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 393.

¹⁰⁷ 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. 4.000-4.030, p. 4004. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_959.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

Já consoante o art. 49, inciso I, da Carta Constitucional, colacionado abaixo, cabe ao Congresso Nacional a decisão definitiva acerca de tratados gravosos ao patrimônio nacional, mediante decreto legislativo.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

[...]

Pela leitura do parágrafo 2º, do art. 5º, da Magna Carta¹⁰⁹, observa-se que há três róis de direitos:

- a) Direitos expressos na Constituição;
- b) Direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição;
- c) Direitos expressos pelos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte.

Essa divisão é importantíssima, pois serve de base para as noções de constituição formal e constituição material. Nesse compasso, pode-se afirmar a possibilidade de existência de direitos fundamentais não previstos na constituição formal. É uma das maneiras, portanto, de “atualização” da Constituição. Flávia Piovesan explica que, “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**”¹¹⁰ (grifo nosso). Neste trabalho, apesar de divergência doutrinária e jurisprudencial (principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal), acolher-se-á a corrente que atribui aos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos o *status* paritário com as demais normas constitucionais¹¹¹.

¹⁰⁹ 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:

[...]

§ 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.

¹¹⁰ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, v. 2, n. 1, p. 20-33, 2008, p. 27. Disponível em: <http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

¹¹¹ Há, no mínimo, quatro correntes em relação ao *status* que assumem os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos assimilados ao ordenamento jurídico nacional, a saber:

- i) Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* supraconstitucional;
- ii) Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* constitucional;
- iii) Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* supralegal (algo superior, mas ligeiramente inferior à Constituição) – predominante no Supremo Tribunal Federal;

O parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição Federal¹¹², almejou a incorporação formal das normas de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade.

O artigo 4, da CDPD, prevê o dever de o Estado respeitar e garantir os direitos insculpidos na Convenção, bem como de realizar adaptações na legislação interna. Consoante a leitura do citado artigo, afere-se que a legislação interna, necessariamente, precisa se adequar aos ditames da Convenção promovendo, protegendo e assegurando seus direitos (artigo 1, da CDPD).

[...] *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. (grifos no original)¹¹³

Dessa forma, o que se conclui, de acordo com o exposto até agora, é que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assumindo *status* paritário com as demais normas constitucionais, formal e materialmente, influencia no fenômeno da constitucionalização do direito exposto no Capítulo 1 deste trabalho. Os princípios insculpidos na CDPD, desde sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, são primordiais na interpretação e na aplicação das demais normas jurídicas infraconstitucionais. Em obediência à força normativa e à supremacia da Constituição, todas as searas do direito devem ser revistas e, eventualmente, reformuladas segundo os parâmetros constitucionais. No próximo subtópico, trabalhar-se-á a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como pertencente ao bloco constitucional, formal e materialmente, em interação com o instituto da curatela.

iv) Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem *status* de lei ordinária.

¹¹² 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:

[...]

§ 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.

¹¹³ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 96.

3.3 UMA NOVA VISÃO DO INSTITUTO DA CURATELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tudo o que foi exposto até agora serviu para demonstrar que se está vivenciando uma mudança de paradigma quanto ao exercício da capacidade, mudança esta que se insere na crise no direito civil como um todo, tendo em vista o processo de constitucionalização tratado no Capítulo 1 do presente trabalho.

Tentou-se demonstrar a necessidade de uma reformulação do instituto da curatela, tendo em vista a preservação do máximo número possível de espaços de autonomia do indivíduo.

Um dos pressupostos anteriormente tratados para repensar a curatela é que a capacidade de uma pessoa não pode ser classificada *a priori*, uma vez que falamos de algo absolutamente variável e contingencial. Dessa forma, não se poderia estabelecer um mesmo nível de proteção legal para sujeitos em situações existenciais distintas. Sobre a temática, pronuncia-se Pietro Perlingieri:

Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do déficit psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.¹¹⁴

Questiona-se, então, se todo distúrbio que desloca uma pessoa do padrão prévio e socialmente estipulado de racionalidade implica em negação da capacidade civil.

Observando-se o procedimento para a instituição da curatela (*vide* subtópico 2.2.2.2), resta claro que se trata de medida de extrema gravidade, o que exige, portanto, muita cautela. Não é porque se busca proteger a pessoa, que a figura da curatela deixa de ser vexatória e opressiva, porquanto retira do indivíduo a capacidade de gerir seus bens e de dirigir sua pessoa. A lógica que subjaz a curatela, sob a justificativa da proteção do vulnerável, é, em verdade, a substituição da pessoa com incapacidade por um terceiro (nos moldes do modelo médico ou reabilitador), excluindo aquela da vida civil. A curatela e os institutos de tomada de decisão substituída, ademais, facilitam a institucionalização.

É preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma

¹¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 163.

incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito. Contra essa argumentação não se pode alegar – sob pena de ilegitimidade do remédio protetivo ou do seu uso – a rigidez das proibições nas quais se consubstancia a disciplina do instituto da interdição, tendente à exclusiva proteção do sujeito: a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania.¹¹⁵

Tutela e curatela, destarte, são institutos voltados a um papel promocional da pessoa humana, servindo à valorização da sua existência e de seus valores. A proteção patrimonial, também presente em ambas as figuras, deve, por sua vez, ser um meio para a proteção do ser, encontrando justificativa para assegurar a própria essência humana. Ou seja, a proteção do patrimônio não é um fim em si mesma, mas o meio, um caminho, para a completa proteção do ser.¹¹⁶

A curatela não preza pelo apoio e pelo suporte à expressão de vontade da pessoa com deficiência. A exclusão social é agravada, assim, pelo regime jurídico, eliminando-se a autonomia do indivíduo. A dita “tirania”, na visão de Pietro Perlingieri, traduz-se na ofensa a vários direitos, tais quais: o exercício de direitos políticos¹¹⁷, o direito de acesso à justiça, o direito de liberdade e de segurança da pessoa, o direito a uma vida independente e de inclusão na sociedade, o direito de expressão, o direito de respeito ao lar e à família, o direito ao trabalho e ao emprego, etc.

Veja-se que os exemplos emprestados pela doutrina clássica sempre gravitaram em torno da proteção patrimonial, olvidando outras perspectivas. Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse este o seu valor preponderante.

Por isso, apresenta-se imperioso repensar o regime das incapacidades (...)

[...] Impõe-se remodelar, com urgência e premência, a estrutura jurídica da interdição e da curatela, buscando garantir o respeito à dignidade humana das pessoas com deficiência psíquica.¹¹⁸

Vemos, então, que o poder *curare* vai de encontro aos princípios norteadores da CDPD, mormente no que tange a seu artigo 12, uma vez que a curatela é um instituto de tomada de decisão substituída que não leva em consideração a vontade e a autonomia do curatelado, não restringe a matéria de restrição, não impõe critérios legais para

¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 164-165.

¹¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias** (Vol. 6). 4ª ed. Jus Podium: Salvador, 2012, p. 950.

¹¹⁷ Art. 15. **É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:**

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.019.

fundamentação da decisão de interdição e não prevê prazo para a medida nem determina revisão judicial periódica. Trata-se, pois, 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”¹¹⁹. Chega-se a dizer que a Convenção revogou todo o Capítulo II, do Título IV, do Livro IV, do Código Civil, que trata sobre a curatela, uma vez que esta não se coadunaria com o modelo de tomada de decisão assistida (ou apoiada) previsto na CDPD. Ramos adverte que o diploma convencional demanda uma completa reformulação, a qual:

[...] perpassa desde a ruptura com o modelo exclusivamente biomédico, até a incorporação de estratégia 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.¹²⁰

O que se exige da curatela hoje não é somente a proteção da pessoa com incapacidade, mas sim a promoção de sua personalidade e de sua autonomia, sendo imprescindível a investigação apurada do limite de sua capacidade *in concreto*, respeitando-se sua vontade (nos termos destacado no subtópico 3.1) e estipulando-se quais atos pode ou não pode ela fazer.

Por essa razão, a abertura do conceito de curatela e seu enfoque existencial ganham relevo, pois as situações jurídicas de cunho existencial são diretamente expressões da personalidade do sujeito de modo que, mais uma vez, é necessário reforçar a impossibilidade de se separar a titularidade do exercício, a potencialidade da concreta realização do interesse, se existem condições para um ato de vontade consciente. É assim quem o Direito viabilizará formas de expansão da personalidade do sujeito.¹²¹

Especialistas na área médica afirmam que certo abalo das atividades cerebrais não implica necessariamente em ausência de discernimento¹²², sendo temerário o estabelecimento de incapacidade em caráter absoluto e duradouro quando, em verdade, a loucura e a lucidez são conceitos que variam socialmente.

O art. 1.772, do Código Civil de 2002, que dá ao juiz, em certos casos, o poder de estabelecer os limites da curatela segundo o estado ou desenvolvimento mental do interdito (leia-se, na óptica, deste trabalho, discernimento), é de extrema relevância para todos os casos de curatela, uma vez que preserva os espaços de capacidade e de autonomia. Colaciona-se o teor da citada regra abaixo:

¹¹⁹ RAMOS, Cleide. Op. cit., p. 56.

¹²⁰ RAMOS, Cleide. Op. cit., p. 55.

¹²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op.cit., p. 30.

¹²² Muito oportuna seria a leitura do livro “Memória de um doente de nervos”, de Daniel Paul Schereber, traduzido por Marilene Carone.

Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os 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.

Somente dessa forma poder-se-á ultrapassar a lógica patrimonialista do instituto da curatela, visando reformulá-lo consoante as novas diretrizes constitucionais, ou seja, “para os cuidados com o interdito, sua recuperação e sua inserção social”¹²³.

O que se constata desta forma, é que tal regime tem o intuito protetivo, mas não deve esgotar-se em si mesmo. Pois só faz sentido se funcionalizado aos objetivos constitucionais. Se o suprimento da incapacidade visa o resguardo do trânsito jurídico patrimonial, tendo em vista que tenciona atribuir seguranças às relações intersubjetivas, ele deve ser visto de forma qualitativamente diversa, no que tange às situações jurídicas existenciais.¹²⁴

No direito italiano já é possível, por exemplo, que a declaração de interdição seja feita nos limites e na extensão da incapacidade, reconhecendo ao interditado aptidão para realizar atos de natureza existencial. Ademais, na Itália, criou-se o *Amministrazione di Sostegno*, que seria uma alternativa à curatela e à tomada de decisão substituída, assegurando a implementação de um sistema de tomada de decisão apoiada, com a maior independência possível para as pessoas com deficiência. Interessante se observar que o regime de tomada de decisão apoiada já utilizado no Canadá há mais de 20 (vinte) anos, bem como em outros países, tais como Suécia e Alemanha¹²⁵. No Reino Unido, há o *Mental Capacity Act* de 2005, o qual garante um apoio independente às pessoas com deficiência – os chamados *independent mental capacity advocates (IMCA)*¹²⁶. No estado canadense de British Columbia há o *Representation Agreement*, um documento legal para planejamento pessoal no qual uma pessoa com deficiência pode autorizar apoiadores para ajudar a administrar certas matérias e auxiliar na tomada de algumas decisões. Dinerstein propõe a adoção um registro de apoiadores, de modo a facilitar ao Estado o controle daqueles que participam da dinâmica de auxílio às pessoas com deficiência¹²⁷. Patricia Cuenca Gómez adverte que:

¹²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op.cit., p. 31.

¹²⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op.cit., p. 13

¹²⁵ 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*. In: **Human Rights Brief**, v. 2, 6 abr. 2012, p. 4. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2040938>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹²⁶ PARADIGM. *Supported Decision Making: A guide for supporters*. London: HSA Press, 2008, p. 4. Disponível em: <<http://www.paradigm-uk.org/Resources/9/2/9/Supported%20Decision%20Making%20%28Final%20Online%20Version%29.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

¹²⁷ DINERSTEIN, Robert. Op. cit., p. 4. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2040938>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

*[...] la implementación de la exigencia de igualdad en la capacidad jurídica e del sistema de apoyo en la toma de decisiones no atañe en exclusiva a la legislación civil sino que se proyecta en toda una serie de ámbitos normativos diversos.*¹²⁸

O artigo 12, item 4, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, veio com o objetivo de extinguir os institutos de tomada de decisão substituída, dentre os quais se encontra o da curatela. Veja-se, novamente, o teor do citado dispositivo:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

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 parte final da norma acima transcrita – “As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa” – consagra o princípio da proporcionalidade quanto à situação particular de cada pessoa com deficiência.

Pode-se dividir a aplicação do artigo 12, item 4, da CDPD, em cinco obrigações estatais, quais sejam:

- 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.

O respeito aos direitos, à vontade e às preferências da pessoa são o corolário da supremacia da autonomia do indivíduo para tomar suas próprias decisões segundo seu singular projeto de vida. Dessa forma, é defeso o estabelecimento de relações com curadores ou com apoiadores em que haja conflito de interesses. Também deve ser evitada a influência indevida daquelas pessoas quando, por exemplo, verificar-se que a vontade da pessoa com deficiência foi viciada. A proporcionalidade obriga a utilização de medidas auxiliares de

¹²⁸ CUENCA GOMÉZ, Patricia. Op. cit., p. 77. “[...] a implementação da exigência de igualdade na capacidade jurídica do sistema de apoio na tomada de decisões não se restringe exclusivamente à legislação civil, mas se projeta também em uma série de âmbitos normativos diversos” (Tradução livre).

caráter particular, ou seja, de acordo com as circunstâncias específicas das pessoas com deficiência, em oposição às “medidas de tamanho único” (*one size fits all*). Dentre as exigências de cunho procedimental, encontram-se: a necessidade de que as medidas auxiliaadoras sejam utilizadas pelo período de tempo mais curto possível, evitando-se situações temporalmente indeterminadas ou incondicionais; a obrigatoriedade de um órgão competente, independente e imparcial para realizar uma revisão regular das medidas tomadas em relação à pessoa com deficiência (obviamente, o Poder Judiciário).

Tendo em vista nossa tradição nitidamente patrimonialista, é justamente nessa área (a patrimonial), que existe o maior preconceito em relação à pessoa com deficiência. Apesar de se poder defender o direitos das pessoas com deficiência para gerir seu próprio patrimônio utilizando-se do argumento da supremacia da autonomia, o artigo 12, item 5, da CDPD, traz expressa disposição nesse sentido, *in verbis*:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

[...]

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.

Garantem-se, assim, os direitos de possuir e de herdar bens, de controlar as próprias finanças, de controlar as próprias finanças, de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro. Mas não são somente esses direitos os garantidos pela Convenção: as pessoas com deficiência gozam dos mesmos direitos patrimoniais que as demais pessoas.

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.¹²⁹

Uma das consequências de se reconhecer que a curatela, nos moldes atuais, viola o bloco de constitucionalidade, formal e materialmente, é assumir a possibilidade de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI), o que seria de todo benéfico, uma vez que chamaria a atenção necessária à temática.

¹²⁹ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 132.

Dizer que todas as curatelas em vigor estão sob um regime inconstitucional tem sérias consequências práticas. Os magistrados com ações de interdição em trâmite ou já julgadas em suas varas teriam, por exemplo, a partir da incorporação da Convenção em 2008, o dever de garantir o previsto no artigo 12, da CDPD.

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 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 de 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.¹³⁰

É importante destacar que, com toda certeza, haverá casos extremos, nos quais nenhum apoio poderá ser dado à pessoa com deficiência devido a seu caráter extremamente particular. Em tais casos, a tomada de decisão substituída deverá ser utilizada, por ser, talvez, o único modo de empoderar a pessoa com deficiência.

O último ponto a ser tratado nesta monografia diz respeito a algumas iniciativas legais. O Projeto de Lei nº 2.063/2011, proposto pelo Deputado Federal Eduardo Barbosa, do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), visa à adequação do Código Civil de 2002 às disposições do artigo 12, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Tal Projeto de Lei altera as normas que tratam sobre a capacidade civil, de forma a evitar terminologias pejorativas e conceitos de difícil explicação.

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 previsões que concerne [sic] 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.¹³¹

Há também, no Projeto, a inclusão do art. 1.783-A, que traz, expressamente, menção à tomada de decisão apoiada. A proposta de tomada de decisão apoiada se perfaz com a escolha pela pessoa com deficiência de pelo menos 02 (duas) pessoas de sua confiança para prestar-lhe apoio nos atos da vida civil.

¹³⁰ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 134-135.

¹³¹ SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 136-137.

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 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 de 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.¹³²

Os direitos de terceiros restariam também resguardados com essa nova legislação, pois seria facultado o uso da assinatura do(a) apoiador(a) nos negócios jurídicos, dando maior segurança jurídica.

No entanto, o Projeto de Lei nº 2.063/2011 não acaba com o regime próprio da curatela, pois propõe, em verdade, a criação do “Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada”, incluso no Título IV, o qual passaria a ser intitulado “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”.

Em 2000, o então Deputado Paulo Paim apresentou o Projeto de Lei nº 3.638, que instituiu o estatuto do portador de necessidades especiais e dava outras providências. Em 2003, foi constituída Comissão Especial para apreciação das diversas matérias que compunham a referida proposta. Após a realização de audiências públicas que contaram com a participação da sociedade civil organizada, de representantes governamentais e de especialistas nos temas atinentes à defesa e proteção das pessoas com deficiência, foi apresentado Substitutivo pelo relator da proposição em tela, Deputado Celso Russomanno, que restou aprovado pela Comissão Especial em 13 de dezembro de 2006.

Paralelamente, o Senador Paulo Paim apresentou o Projeto de Lei nº 006, de 2003, no Senado Federal, o qual possuía idêntico teor daquele apresentado na Câmara dos Deputados. Após apreciação nas comissões pertinentes do Senado Federal, o projeto de lei foi aprovado em 12 de dezembro de 2006. Ao ser recebida na Câmara dos Deputados, a referida proposição, que tramita em regime de prioridade e se encontra em Plenário, pronta para a pauta, recebeu o número 7.699, de 2006. Ressalte-se que o PL nº 3.638, de 2000, e outras proposições relativas à pessoa com deficiência se encontram apensos ao mencionado PL nº 7.699, de 2006. Desde então, várias proposições de temática idêntica vêm sendo apensadas ao citado Projeto de Lei.

¹³² SOUZA, Rafael Barreto. Op. cit., p. 138.

Além das medidas instituídas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – tais como o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à cultura, ao lazer, à informação – o texto do Estatuto baseou-se na carência de serviços públicos existentes no Brasil e nas demandas da própria população.

O Estatuto visa à solução de algumas questões práticas que não são tratadas na CDPD, seguindo a mesma linha do PL nº 2.063/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez entendido o fenômeno da constitucionalização do direito, é possível afirmar que os princípios inerentes à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que ingressou no ordenamento jurídico nacional com *status* de emenda constitucional, se espraiam pelas normas legais, implicando em uma mudança que as adeque aos valores constitucionais.

A curatela, da forma como está prevista no Código Civil de 2002, é atentatória de vários direitos das pessoas com deficiência, depreciando sua dignidade. Segunda a CDPD, as pessoas com deficiência devem se autodeterminar em todos os âmbitos da vida civil, seja ele existencial ou patrimonial.

O necessário agora é realizar uma reformulação do poder *curatellae*, o que já vêm sendo tentado por meio de projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. O art. 12, da CDPD, abala, não só a curatela, mas todo o sistema de incapacidades do direito brasileiro, o qual, foi demonstrado, baseia-se nas premissas do modelo médico ou reabilitador.

As vontades e preferências das pessoas com deficiência devem ser respeitadas, o que só pode ser alcançado pelo mecanismo de tomada de decisão apoiada, possibilitando o exercício pleno da autonomia e o comando de igualdade previsto na Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

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: 07 de novembro de 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. ampl. São Paulo, Malheiros, 2011.

BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHEM, Dirce; ALVES, Elíoenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. *In: Revista Latino-Americana de Enfermagem*, jul-ago 2010. Disponível em: <www.eerp.usp.br/rlae>. Acesso em: 22 de outubro de 2013.

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. 4.000-4.030. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_959.pdf>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Dimensões Jurídicas da Personalidade na Ordem Constitucional Brasileira**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. O Conceito de Dignidade da Pessoa Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed., atual. São Paulo, Malheiros, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In: **XXXIII Curso de Derecho Internacional, El Derecho Internacional en las Americas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano**, p. 407-490, 2007. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2006.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. *Derechos Humanos y Modelos de Tratamiento de la Discapacidad*. In: **Proyecto Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”**, CSD2008-00007. Número 3. 2011. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tiempodelosderechos.es%2Fes%2Fbiblioteca%2Fdoc_download%2F38-derechos-humanos-y-modelos-de-tratamiento-de-la-discapacidad.html&ei=RmtMUrLNC-LCyQHc9oHIAQ&usg=AFQjCNGuglWS_kdwD9qwnC1aU_KILAr00Q&bvm=bv.53371865,d.aWc>. Acesso em: 22 de outubro de 2013.

CUENCA GOMÉZ, Patricia. *El sistema de apoyo a la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*. In: **REDUR 10**, diciembre 2012, págs. 61-94, ISSN 1695-078X. Disponível em: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

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: 07 de novembro de 2013.

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*. In: **Human Rights Brief**, v. 2, 6 abr. 2012. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2040938>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repesando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias** (Vol. 6). 4^a ed. Jus Podium: Salvador, 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19ª ed., rev., atual., e aument., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

IDA (International Disability Alliance). **Legal Opinion on Article 12 of CRPD**. International Disability Alliance. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.internationaldisabilityalliance.org%2Fsites%2Fdisalliance.e-presentaciones.net%2Ffiles%2Fpublic%2Ffiles%2FLegalOpinionLetterArt12FINAL.doc&ei=pu1_UuX0OI7AkQf78oCgDg&usg=AFQjCNEZYj6UfhjdWssPqgPclBd_wvNcgw&sig2=1GP3aFltNcf6MPZ1cfpYGw&bvm=bv.56146854,d.eW0>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

KAYES, Rosemary; FRENCH, Phillip. *Out of the Darkness into the 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. Disponível em: <<http://hrlr.oxfordjournals.org/content/8/1/1.full.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

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. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp107002.pdf>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Vol. 46, abr.-jun. de 2011.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: Parte geral. Vol I. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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: 07 de novembro de 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: 07 de novembro de 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: **EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco**, v. 2, n. 1, p. 20-33, 2008. Disponível em: http://www.dombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Vol. IX. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983.

RAMOS, Cleide. Artigo 12 – Reconhecimento igual perante a lei. *In*: DE RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva (Orgs.). **A Convenção sobre os 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=WqTcUY21FIj09gTb-4CQDg&usg=AFQjCNG50EhnEAoLKkbnUUzZzhAb4Ix1lhA&sig2=XTCzrllrA0zo418vXyRgFA&bvm=bv.48705608,d.eWU>>. Acesso em: 07 de novembro de 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Parte Geral do Código Civil**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (organizadoras). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia privada: da invenção à reconstrução. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal do Ceará – UFC, Ceará, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade Psíquica e Capacidade de Exercício. *In*: **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 6-36, jan./mar. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: **Temas de direito civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANEXO A – CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO (DECRETO Nº 6.949/2009)

DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009.

Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008;

Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Celso Luiz Nunes Amorim

Este texto não substitui o publicado no DOU de 26.8.2009

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Preâmbulo

Os Estados Partes da presente Convenção,

a) *Relembrando* os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

b) *Reconhecendo* que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie,

c) *Reafirmando* a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação,

d) *Relembrando* o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias,

e) *Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

f) *Reconhecendo* a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência,

g) *Ressaltando* a importância de trazer questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade como parte integrante das estratégias relevantes de desenvolvimento sustentável,

h) *Reconhecendo* também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,

i) *Reconhecendo* ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

j) *Reconhecendo* a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio,

k) *Preocupados* com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo,

l) *Reconhecendo* a importância da cooperação internacional para melhorar as condições de vida das pessoas com deficiência em todos os países, particularmente naqueles em desenvolvimento,

m) *Reconhecendo* as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,

n) *Reconhecendo* a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,

o) *Considerando* 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,

p) *Preocupados* com as difíceis situações enfrentadas por pessoas com deficiência que estão sujeitas a formas múltiplas ou agravadas de discriminação por causa de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, idade ou outra condição,

q) *Reconhecendo* que mulheres e meninas com deficiência estão frequentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração,

r) *Reconhecendo* que as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades com as outras crianças e relembrando as obrigações assumidas com esse fim pelos Estados Partes na Convenção sobre os Direitos da Criança,

s) *Ressaltando* a necessidade de incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência,

t) *Salientando* o fato de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecendo a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência,

u) *Tendo em mente* que as condições de paz e segurança baseadas no pleno respeito aos propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e a observância dos instrumentos de direitos humanos são indispensáveis para a total proteção das pessoas com deficiência, particularmente durante conflitos armados e ocupação estrangeira,

v) *Reconhecendo* a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais,

w) *Conscientes* de que a pessoa tem deveres para com outras pessoas e para com a comunidade a que pertence e que, portanto, tem a responsabilidade de esforçar-se para a promoção e a observância dos direitos reconhecidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos,

x) *Convencidos* de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência,

y) *Convencidos* de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos,

Acordaram o seguinte:

Artigo 1

Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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.

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção:

“Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis;

“Língua” abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada;

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

“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.

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

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 pessoas 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) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;
- d) Abster-se de participar em 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 em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e 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.

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

2.Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.

4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Artigo 6

Mulheres com deficiência

1.Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.

Artigo 7

Crianças com deficiência

1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.

2.Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.

Artigo 8

Conscientização

1. Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para:

- a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;
- b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida;
- c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência.

2. As medidas para esse fim incluem:

- a) Lançar e dar continuidade a efetivas campanhas de conscientização públicas, destinadas a:
 - i) Favorecer atitude receptiva em relação aos direitos das pessoas com deficiência;
 - ii) Promover percepção positiva e maior consciência social em relação às pessoas com deficiência;
 - iii) Promover o reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral;
- b) Fomentar em todos os níveis do sistema educacional, incluindo neles todas as crianças desde tenra idade, uma atitude de respeito para com os direitos das pessoas com deficiência;
- c) Incentivar todos os órgãos da mídia a retratar as pessoas com deficiência de maneira compatível com o propósito da presente Convenção;
- d) Promover programas de formação sobre sensibilização a respeito das pessoas com deficiência e sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Artigo 9

Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como

na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2.Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

- a) Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público;
- b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;
- c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;
- d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;
- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços de mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

Artigo 10

Direito à vida

Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Artigo 11

Situações de risco e emergências humanitárias

Em conformidade com suas obrigações decorrentes do direito internacional, inclusive do direito humanitário internacional e do direito internacional dos direitos humanos, os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e a segurança das pessoas com deficiência que se encontrarem em situações de risco, inclusive situações de conflito armado, emergências humanitárias e ocorrência de desastres naturais.

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 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.

Artigo 13

Acesso à justiça

1.Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

2.A fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

Artigo 14

Liberdade e segurança da pessoa

1.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas:

- a) Gozem do direito à liberdade e à segurança da pessoa; e
- b) Não sejam privadas ilegal ou arbitrariamente de sua liberdade e que toda privação de liberdade esteja em conformidade com a lei, e que a existência de deficiência não justifique a privação de liberdade.

2.Os Estados Partes assegurarão que, se pessoas com deficiência forem privadas de liberdade mediante algum processo, elas, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, façam jus a garantias de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e sejam tratadas em conformidade com os objetivos e princípios da presente Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável.

Artigo 15

Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

1.Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.

2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 16

Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso

1.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero.

2.Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas

apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.

3.A fim de prevenir a ocorrência de quaisquer formas de exploração, violência e abuso, os Estados Partes assegurarão que todos os programas e instalações destinados a atender pessoas com deficiência sejam efetivamente monitorados por autoridades independentes.

4.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.

5.Os Estados Partes adotarão leis e políticas efetivas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, investigados e, caso necessário, julgados.

Artigo 17

Proteção da integridade da pessoa

Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Artigo 18

Liberdade de movimentação e nacionalidade

1.Os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência à liberdade de movimentação, à liberdade de escolher sua residência e à nacionalidade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, inclusive assegurando que as pessoas com deficiência:

a) Tenham o direito de adquirir nacionalidade e mudar de nacionalidade e não sejam privadas arbitrariamente de sua nacionalidade em razão de sua deficiência.

b) Não sejam privadas, por causa de sua deficiência, da competência de obter, possuir e utilizar documento comprovante de sua nacionalidade ou outro documento de identidade, ou de recorrer a processos relevantes, tais como procedimentos relativos à imigração, que forem necessários para facilitar o exercício de seu direito à liberdade de movimentação.

c) Tenham liberdade de sair de qualquer país, inclusive do seu; e

d) Não sejam privadas, arbitrariamente ou por causa de sua deficiência, do direito de entrar no próprio país.

2.As crianças com deficiência serão registradas imediatamente após o nascimento e terão, desde o nascimento, o direito a um nome, o direito de adquirir nacionalidade e, tanto quanto possível, o direito de conhecer seus pais e de ser cuidadas por eles.

Artigo 19

Vida independente e inclusão na comunidade

Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

a) As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;

b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;

c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades.

Artigo 20

Mobilidade pessoal

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível:

a) Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível;

b) Facilitando às pessoas com deficiência o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência humana ou animal e de mediadores, inclusive tornando-os disponíveis a custo acessível;

c) Propiciando às pessoas com deficiência e ao pessoal especializado uma capacitação em técnicas de mobilidade;

d) Incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência.

Artigo 21

Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e idéias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção, entre as quais:

a) Fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;

b) Aceitar e facilitar, em trâmites oficiais, o uso de línguas de sinais, braille, comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação, à escolha das pessoas com deficiência;

c) Urgir as entidades privadas que oferecem serviços ao público em geral, inclusive por meio da Internet, a fornecer informações e serviços em formatos acessíveis, que possam ser usados por pessoas com deficiência;

d) Incentivar a mídia, inclusive os provedores de informação pela Internet, a tornar seus serviços acessíveis a pessoas com deficiência;

e) Reconhecer e promover o uso de línguas de sinais.

Artigo 22

Respeito à privacidade

1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Artigo 23

Respeito pelo lar e pela família

1.Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;

b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsavelmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos.

c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

2.Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

4.Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.

5.Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade.

Artigo 24

Educação

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2.Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3.Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4.A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Artigo 25

Saúde

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes:

a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;

b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos;

c) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural;

d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;

e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa;

f) Prevenirão que se negue, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.

Artigo 26

Habilitação e reabilitação

1.Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas:

a) Comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa;

b) Apóiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural.

2.Os Estados Partes promoverão o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação.

3.Os Estados Partes promoverão a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação.

Artigo 27

Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões

relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas;

d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado;

e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego;

f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio;

g) Empregar pessoas com deficiência no setor público;

h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho;

j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho;

k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência.

2.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;

b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;

c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;

d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;

e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Artigo 29

Participação na vida política e pública

Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:

a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou

por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:

i) Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso;

ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado;

iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;

b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante:

i) Participação em organizações não-governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, bem como em atividades e administração de partidos políticos;

ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.

Artigo 30

Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte

1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência de participar na vida cultural, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e tomarão todas as medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência possam:

a) Ter acesso a bens culturais em formatos acessíveis;

b) Ter acesso a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais, em formatos acessíveis; e

c) Ter acesso a locais que ofereçam serviços ou eventos culturais, tais como teatros, museus, cinemas, bibliotecas e serviços turísticos, bem como, tanto quanto possível, ter acesso a monumentos e locais de importância cultural nacional.

2.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de desenvolver e utilizar seu potencial criativo, artístico e intelectual, não somente em benefício próprio, mas também para o enriquecimento da sociedade.

3.Os Estados Partes deverão tomar todas as providências, em conformidade com o direito internacional, para assegurar que a legislação de proteção dos direitos de propriedade intelectual não constitua barreira excessiva ou discriminatória ao acesso de pessoas com deficiência a bens culturais.

4.As pessoas com deficiência farão jus, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, a que sua identidade cultural e lingüística específica seja reconhecida e apoiada, incluindo as línguas de sinais e a cultura surda.

5.Para que as pessoas com deficiência participem, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de atividades recreativas, esportivas e de lazer, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para:

a) Incentivar e promover a maior participação possível das pessoas com deficiência nas atividades esportivas comuns em todos os níveis;

b) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham a oportunidade de organizar, desenvolver e participar em atividades esportivas e recreativas específicas às deficiências e, para tanto, incentivar a provisão de instrução, treinamento e recursos adequados, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;

c) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso a locais de eventos esportivos, recreativos e turísticos;

d) Assegurar que as crianças com deficiência possam, em igualdade de condições com as demais crianças, participar de jogos e atividades recreativas, esportivas e de lazer, inclusive no sistema escolar;

e) Assegurar que as pessoas com deficiência tenham acesso aos serviços prestados por pessoas ou entidades envolvidas na organização de atividades recreativas, turísticas, esportivas e de lazer.

Artigo 31

Estatísticas e coleta de dados

1.Os Estados Partes coletarão dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a por em prática a presente Convenção. O processo de coleta e manutenção de tais dados deverá:

a) Observar as salvaguardas estabelecidas por lei, inclusive pelas leis relativas à proteção de dados, a fim de assegurar a confidencialidade e o respeito pela privacidade das pessoas com deficiência;

b) Observar as normas internacionalmente aceitas para proteger os direitos humanos, as liberdades fundamentais e os princípios éticos na coleta de dados e utilização de estatísticas.

2.As informações coletadas de acordo com o disposto neste Artigo serão desagregadas, de maneira apropriada, e utilizadas para avaliar o cumprimento, por parte dos Estados Partes, de suas obrigações na presente Convenção e para identificar e enfrentar as barreiras com as quais as pessoas com deficiência se deparam no exercício de seus direitos.

3.Os Estados Partes assumirão responsabilidade pela disseminação das referidas estatísticas e assegurarão que elas sejam acessíveis às pessoas com deficiência e a outros.

Artigo 32

Cooperação internacional

1.Os Estados Partes reconhecem a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção e, sob este aspecto, adotarão medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência. Estas medidas poderão incluir, entre outras:

a) Assegurar que a cooperação internacional, incluindo os programas internacionais de desenvolvimento, sejam inclusivos e acessíveis para pessoas com deficiência;

b) Facilitar e apoiar a capacitação, inclusive por meio do intercâmbio e compartilhamento de informações, experiências, programas de treinamento e melhores práticas;

c) Facilitar a cooperação em pesquisa e o acesso a conhecimentos científicos e técnicos;

d) Propiciar, de maneira apropriada, assistência técnica e financeira, inclusive mediante facilitação do acesso a tecnologias assistivas e acessíveis e seu compartilhamento, bem como por meio de transferência de tecnologias.

2.O disposto neste Artigo se aplica sem prejuízo das obrigações que cabem a cada Estado Parte em decorrência da presente Convenção.

Artigo 33

Implementação e monitoramento nacionais

1.Os Estados Partes, de acordo com seu sistema organizacional, designarão um ou mais de um ponto focal no âmbito do Governo para assuntos relacionados com a implementação da presente Convenção e darão a devida consideração ao estabelecimento ou designação de um mecanismo de coordenação no âmbito do Governo, a fim de facilitar ações correlatas nos diferentes setores e níveis.

2.Os Estados Partes, em conformidade com seus sistemas jurídico e administrativo, manterão, fortalecerão, designarão ou estabelecerão estrutura, incluindo um ou mais de um

mecanismo independente, de maneira apropriada, para promover, proteger e monitorar a implementação da presente Convenção. Ao designar ou estabelecer tal mecanismo, os Estados Partes levarão em conta os princípios relativos ao status e funcionamento das instituições nacionais de proteção e promoção dos direitos humanos.

3.A sociedade civil e, particularmente, as pessoas com deficiência e suas organizações representativas serão envolvidas e participarão plenamente no processo de monitoramento.

Artigo 34

Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

1.Um Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominado "Comitê") será estabelecido, para desempenhar as funções aqui definidas.

2.O Comitê será constituído, quando da entrada em vigor da presente Convenção, de 12 peritos. Quando a presente Convenção alcançar 60 ratificações ou adesões, o Comitê será acrescido em seis membros, perfazendo o total de 18 membros.

3.Os membros do Comitê atuarão a título pessoal e apresentarão elevada postura moral, competência e experiência reconhecidas no campo abrangido pela presente Convenção. Ao designar seus candidatos, os Estados Partes são instados a dar a devida consideração ao disposto no Artigo 4.3 da presente Convenção.

4.Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados Partes, observando-se uma distribuição geográfica equitativa, representação de diferentes formas de civilização e dos principais sistemas jurídicos, representação equilibrada de gênero e participação de peritos com deficiência.

5.Os membros do Comitê serão eleitos por votação secreta em sessões da Conferência dos Estados Partes, a partir de uma lista de pessoas designadas pelos Estados Partes entre seus nacionais. Nessas sessões, cujo quorum será de dois terços dos Estados Partes, os candidatos eleitos para o Comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.

6.A primeira eleição será realizada, o mais tardar, até seis meses após a data de entrada em vigor da presente Convenção. Pelo menos quatro meses antes de cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas dirigirá carta aos Estados Partes, convidando-os a submeter os nomes de seus candidatos no prazo de dois meses. O Secretário-Geral, subsequente, preparará lista em ordem alfabética de todos os candidatos apresentados, indicando que foram designados pelos Estados Partes, e submeterá essa lista aos Estados Partes da presente Convenção.

7.Os membros do Comitê serão eleitos para mandato de quatro anos, podendo ser candidatos à reeleição uma única vez. Contudo, o mandato de seis dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao fim de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, os nomes desses seis membros serão selecionados por sorteio pelo presidente da sessão a que se refere o parágrafo 5 deste Artigo.

8.A eleição dos seis membros adicionais do Comitê será realizada por ocasião das eleições regulares, de acordo com as disposições pertinentes deste Artigo.

9.Em caso de morte, demissão ou declaração de um membro de que, por algum motivo, não poderá continuar a exercer suas funções, o Estado Parte que o tiver indicado designará um outro perito que tenha as qualificações e satisfaça aos requisitos estabelecidos pelos dispositivos pertinentes deste Artigo, para concluir o mandato em questão.

10.O Comitê estabelecerá suas próprias normas de procedimento.

11.O Secretário-Geral das Nações Unidas proverá o pessoal e as instalações necessários para o efetivo desempenho das funções do Comitê segundo a presente Convenção e convocará sua primeira reunião.

12.Com a aprovação da Assembléia Geral, os membros do Comitê estabelecido sob a presente Convenção receberão emolumentos dos recursos das Nações Unidas, sob termos e condições que a Assembléia possa decidir, tendo em vista a importância das responsabilidades do Comitê.

13.Os membros do Comitê terão direito aos privilégios, facilidades e imunidades dos peritos em missões das Nações Unidas, em conformidade com as disposições pertinentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

Artigo 35

Relatórios dos Estados Partes

1.Cada Estado Parte, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, submeterá relatório abrangente sobre as medidas adotadas em cumprimento de suas obrigações estabelecidas pela presente Convenção e sobre o progresso alcançado nesse aspecto, dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da presente Convenção para o Estado Parte concernente.

2.Depois disso, os Estados Partes submeterão relatórios subseqüentes, ao menos a cada quatro anos, ou quando o Comitê o solicitar.

3.O Comitê determinará as diretrizes aplicáveis ao teor dos relatórios.

4.Um Estado Parte que tiver submetido ao Comitê um relatório inicial abrangente não precisará, em relatórios subseqüentes, repetir informações já apresentadas. Ao elaborar os

relatórios ao Comitê, os Estados Partes são instados a fazê-lo de maneira franca e transparente e a levar em consideração o disposto no Artigo 4.3 da presente Convenção.

5.Os relatórios poderão apontar os fatores e as dificuldades que tiverem afetado o cumprimento das obrigações decorrentes da presente Convenção.

Artigo 36

Consideração dos relatórios

1.Os relatórios serão considerados pelo Comitê, que fará as sugestões e recomendações gerais que julgar pertinentes e as transmitirá aos respectivos Estados Partes. O Estado Parte poderá responder ao Comitê com as informações que julgar pertinentes. O Comitê poderá pedir informações adicionais ao Estados Partes, referentes à implementação da presente Convenção.

2.Se um Estado Parte atrasar consideravelmente a entrega de seu relatório, o Comitê poderá notificar esse Estado de que examinará a aplicação da presente Convenção com base em informações confiáveis de que disponha, a menos que o relatório devido seja apresentado pelo Estado dentro do período de três meses após a notificação. O Comitê convidará o Estado Parte interessado a participar desse exame. Se o Estado Parte responder entregando seu relatório, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 1 do presente artigo.

3.O Secretário-Geral das Nações Unidas colocará os relatórios à disposição de todos os Estados Partes.

4.Os Estados Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus países e facilitarão o acesso à possibilidade de sugestões e de recomendações gerais a respeito desses relatórios.

5.O Comitê transmitirá às agências, fundos e programas especializados das Nações Unidas e a outras organizações competentes, da maneira que julgar apropriada, os relatórios dos Estados Partes que contenham demandas ou indicações de necessidade de consultoria ou de assistência técnica, acompanhados de eventuais observações e sugestões do Comitê em relação às referidas demandas ou indicações, a fim de que possam ser consideradas.

Artigo 37

Cooperação entre os Estados Partes e o Comitê

1.Cada Estado Parte cooperará com o Comitê e auxiliará seus membros no desempenho de seu mandato.

2.Em suas relações com os Estados Partes, o Comitê dará a devida consideração aos meios e modos de aprimorar a capacidade de cada Estado Parte para a implementação da presente Convenção, inclusive mediante cooperação internacional.

Artigo 38

Relações do Comitê com outros órgãos

A fim de promover a efetiva implementação da presente Convenção e de incentivar a cooperação internacional na esfera abrangida pela presente Convenção:

a) As agências especializadas e outros órgãos das Nações Unidas terão o direito de se fazer representar quando da consideração da implementação de disposições da presente Convenção que disserem respeito aos seus respectivos mandatos. O Comitê poderá convidar as agências especializadas e outros órgãos competentes, segundo julgar apropriado, a oferecer consultoria de peritos sobre a implementação da Convenção em áreas pertinentes a seus respectivos mandatos. O Comitê poderá convidar agências especializadas e outros órgãos das Nações Unidas a apresentar relatórios sobre a implementação da Convenção em áreas pertinentes às suas respectivas atividades;

b) No desempenho de seu mandato, o Comitê consultará, de maneira apropriada, outros órgãos pertinentes instituídos ao amparo de tratados internacionais de direitos humanos, a fim de assegurar a consistência de suas respectivas diretrizes para a elaboração de relatórios, sugestões e recomendações gerais e de evitar duplicação e superposição no desempenho de suas funções.

Artigo 39

Relatório do Comitê

A cada dois anos, o Comitê submeterá à Assembléia Geral e ao Conselho Econômico e Social um relatório de suas atividades e poderá fazer sugestões e recomendações gerais baseadas no exame dos relatórios e nas informações recebidas dos Estados Partes. Estas sugestões e recomendações gerais serão incluídas no relatório do Comitê, acompanhadas, se houver, de comentários dos Estados Partes.

Artigo 40

Conferência dos Estados Partes

1.Os Estados Partes reunir-se-ão regularmente em Conferência dos Estados Partes a fim de considerar matérias relativas à implementação da presente Convenção.

2.O Secretário-Geral das Nações Unidas convocará, dentro do período de seis meses após a entrada em vigor da presente Convenção, a Conferência dos Estados Partes. As reuniões subseqüentes serão convocadas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas a cada dois anos ou conforme a decisão da Conferência dos Estados Partes.

Artigo 41

Depositário

O Secretário-Geral das Nações Unidas será o depositário da presente Convenção.

Artigo 42

Assinatura

A presente Convenção será aberta à assinatura de todos os Estados e organizações de integração regional na sede das Nações Unidas em Nova York, a partir de 30 de março de 2007.

Artigo 43

Consentimento em comprometer-se

A presente Convenção será submetida à ratificação pelos Estados signatários e à confirmação formal por organizações de integração regional signatárias. Ela estará aberta à adesão de qualquer Estado ou organização de integração regional que não a houver assinado.

Artigo 44

Organizações de integração regional

1."Organização de integração regional" será entendida como organização constituída por Estados soberanos de determinada região, à qual seus Estados membros tenham delegado competência sobre matéria abrangida pela presente Convenção. Essas organizações declararão, em seus documentos de confirmação formal ou adesão, o alcance de sua competência em relação à matéria abrangida pela presente Convenção. Subseqüentemente, as organizações informarão ao depositário qualquer alteração substancial no âmbito de sua competência.

2.As referências a "Estados Partes" na presente Convenção serão aplicáveis a essas organizações, nos limites da competência destas.

3.Para os fins do parágrafo 1 do Artigo 45 e dos parágrafos 2 e 3 do Artigo 47, nenhum instrumento depositado por organização de integração regional será computado.

4.As organizações de integração regional, em matérias de sua competência, poderão exercer o direito de voto na Conferência dos Estados Partes, tendo direito ao mesmo número de votos quanto for o número de seus Estados membros que forem Partes da presente Convenção. Essas organizações não exercerão seu direito de voto, se qualquer de seus Estados membros exercer seu direito de voto, e vice-versa.

Artigo 45

Entrada em vigor

1.A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

2.Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do referido vigésimo instrumento, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.

Artigo 46

Reservas

1.Não serão permitidas reservas incompatíveis com o objeto e o propósito da presente Convenção.

2.As reservas poderão ser retiradas a qualquer momento.

Artigo 47

Emendas

1.Qualquer Estado Parte poderá propor emendas à presente Convenção e submetê-las ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará aos Estados Partes quaisquer emendas propostas, solicitando-lhes que o notifiquem se são favoráveis a uma Conferência dos Estados Partes para considerar as propostas e tomar decisão a respeito delas. Se, até quatro meses após a data da referida comunicação, pelo menos um terço dos Estados Partes se manifestar favorável a essa Conferência, o Secretário-Geral das Nações Unidas convocará a Conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada por maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes será submetida pelo Secretário-Geral à aprovação da Assembléia Geral das Nações Unidas e, posteriormente, à aceitação de todos os Estados Partes.

2.Qualquer emenda adotada e aprovada conforme o disposto no parágrafo 1 do presente artigo entrará em vigor no trigésimo dia após a data na qual o número de instrumentos de aceitação tenha atingido dois terços do número de Estados Partes na data de adoção da emenda. Posteriormente, a emenda entrará em vigor para todo Estado Parte no trigésimo dia após o depósito por esse Estado do seu instrumento de aceitação. A emenda será vinculante somente para os Estados Partes que a tiverem aceitado.

3.Se a Conferência dos Estados Partes assim o decidir por consenso, qualquer emenda adotada e aprovada em conformidade com o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, relacionada

exclusivamente com os artigos 34, 38, 39 e 40, entrará em vigor para todos os Estados Partes no trigésimo dia a partir da data em que o número de instrumentos de aceitação depositados tiver atingido dois terços do número de Estados Partes na data de adoção da emenda.

Artigo 48

Denúncia

Qualquer Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

Artigo 49

Formatos acessíveis

O texto da presente Convenção será colocado à disposição em formatos acessíveis.

Artigo 50

Textos autênticos

Os textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo da presente Convenção serão igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados para tanto por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção.

PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os Estados Partes do presente Protocolo acordaram o seguinte:

Artigo 1

1. Qualquer Estado Parte do presente Protocolo (“Estado Parte”) reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Comitê”) para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.

2. O Comitê não receberá comunicação referente a qualquer Estado Parte que não seja signatário do presente Protocolo.

Artigo 2

O Comitê considerará inadmissível a comunicação quando:

- a) A comunicação for anônima;

b) A comunicação constituir abuso do direito de submeter tais comunicações ou for incompatível com as disposições da Convenção;

c) A mesma matéria já tenha sido examinada pelo Comitê ou tenha sido ou estiver sendo examinada sob outro procedimento de investigação ou resolução internacional;

d) Não tenham sido esgotados todos os recursos internos disponíveis, salvo no caso em que a tramitação desses recursos se prolongue injustificadamente, ou seja improvável que se obtenha com eles solução efetiva;

e) A comunicação estiver precariamente fundamentada ou não for suficientemente substanciada; ou

f) Os fatos que motivaram a comunicação tenham ocorrido antes da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado Parte em apreço, salvo se os fatos continuaram ocorrendo após aquela data.

Artigo 3

Sujeito ao disposto no Artigo 2 do presente Protocolo, o Comitê levará confidencialmente ao conhecimento do Estado Parte concernente qualquer comunicação submetida ao Comitê. Dentro do período de seis meses, o Estado concernente submeterá ao Comitê explicações ou declarações por escrito, esclarecendo a matéria e a eventual solução adotada pelo referido Estado.

Artigo 4

1. A qualquer momento após receber uma comunicação e antes de decidir o mérito dessa comunicação, o Comitê poderá transmitir ao Estado Parte concernente, para sua urgente consideração, um pedido para que o Estado Parte tome as medidas de natureza cautelar que forem necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima ou às vítimas da violação alegada.

2. O exercício pelo Comitê de suas faculdades discricionárias em virtude do parágrafo 1 do presente Artigo não implicará prejuízo algum sobre a admissibilidade ou sobre o mérito da comunicação.

Artigo 5

O Comitê realizará sessões fechadas para examinar comunicações a ele submetidas em conformidade com o presente Protocolo. Depois de examinar uma comunicação, o Comitê enviará suas sugestões e recomendações, se houver, ao Estado Parte concernente e ao requerente.

Artigo 6

1. Se receber informação confiável indicando que um Estado Parte está cometendo violação grave ou sistemática de direitos estabelecidos na Convenção, o Comitê convidará o referido Estado Parte a colaborar com a verificação da informação e, para tanto, a submeter suas observações a respeito da informação em pauta.

2. Levando em conta quaisquer observações que tenham sido submetidas pelo Estado Parte concernente, bem como quaisquer outras informações confiáveis em poder do Comitê, este poderá designar um ou mais de seus membros para realizar investigação e apresentar, em caráter de urgência, relatório ao Comitê. Caso se justifique e o Estado Parte o consinta, a investigação poderá incluir uma visita ao território desse Estado.

3. Após examinar os resultados da investigação, o Comitê os comunicará ao Estado Parte concernente, acompanhados de eventuais comentários e recomendações.

4. Dentro do período de seis meses após o recebimento dos resultados, comentários e recomendações transmitidos pelo Comitê, o Estado Parte concernente submeterá suas observações ao Comitê.

5. A referida investigação será realizada confidencialmente e a cooperação do Estado Parte será solicitada em todas as fases do processo.

Artigo 7

1. O Comitê poderá convidar o Estado Parte concernente a incluir em seu relatório, submetido em conformidade com o disposto no Artigo 35 da Convenção, pormenores a respeito das medidas tomadas em consequência da investigação realizada em conformidade com o Artigo 6 do presente Protocolo.

2. Caso necessário, o Comitê poderá, encerrado o período de seis meses a que se refere o parágrafo 4 do Artigo 6, convidar o Estado Parte concernente a informar o Comitê a respeito das medidas tomadas em consequência da referida investigação.

Artigo 8

Qualquer Estado Parte poderá, quando da assinatura ou ratificação do presente Protocolo ou de sua adesão a ele, declarar que não reconhece a competência do Comitê, a que se referem os Artigos 6 e 7.

Artigo 9

O Secretário-Geral das Nações Unidas será o depositário do presente Protocolo.

Artigo 10

O presente Protocolo será aberto à assinatura dos Estados e organizações de integração regional signatários da Convenção, na sede das Nações Unidas em Nova York, a partir de 30 de março de 2007.

Artigo 11

O presente Protocolo estará sujeito à ratificação pelos Estados signatários do presente Protocolo que tiverem ratificado a Convenção ou aderido a ela. Ele estará sujeito à confirmação formal por organizações de integração regional signatárias do presente Protocolo que tiverem formalmente confirmado a Convenção ou a ela aderido. O Protocolo ficará aberto à adesão de qualquer Estado ou organização de integração regional que tiver ratificado ou formalmente confirmado a Convenção ou a ela aderido e que não tiver assinado o Protocolo.

Artigo 12

1. “Organização de integração regional” será entendida como organização constituída por Estados soberanos de determinada região, à qual seus Estados membros tenham delegado competência sobre matéria abrangida pela Convenção e pelo presente Protocolo. Essas organizações declararão, em seus documentos de confirmação formal ou adesão, o alcance de sua competência em relação à matéria abrangida pela Convenção e pelo presente Protocolo. Subseqüentemente, as organizações informarão ao depositário qualquer alteração substancial no alcance de sua competência.

2. As referências a “Estados Partes” no presente Protocolo serão aplicáveis a essas organizações, nos limites da competência de tais organizações.

3. Para os fins do parágrafo 1 do Artigo 13 e do parágrafo 2 do Artigo 15, nenhum instrumento depositado por organização de integração regional será computado.

4. As organizações de integração regional, em matérias de sua competência, poderão exercer o direito de voto na Conferência dos Estados Partes, tendo direito ao mesmo número de votos que seus Estados membros que forem Partes do presente Protocolo. Essas organizações não exercerão seu direito de voto se qualquer de seus Estados membros exercer seu direito de voto, e vice-versa.

Artigo 13

1. Sujeito à entrada em vigor da Convenção, o presente Protocolo entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito do décimo instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para cada Estado ou organização de integração regional que ratificar ou formalmente confirmar o presente Protocolo ou a ele aderir depois do depósito do décimo instrumento dessa natureza, o Protocolo entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que esse

Estado ou organização tenha depositado seu instrumento de ratificação, confirmação formal ou adesão.

Artigo 14

1. Não serão permitidas reservas incompatíveis com o objeto e o propósito do presente Protocolo.

2. As reservas poderão ser retiradas a qualquer momento.

Artigo 15

1. Qualquer Estado Parte poderá propor emendas ao presente Protocolo e submetê-las ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará aos Estados Partes quaisquer emendas propostas, solicitando-lhes que o notifiquem se são favoráveis a uma Conferência dos Estados Partes para considerar as propostas e tomar decisão a respeito delas. Se, até quatro meses após a data da referida comunicação, pelo menos um terço dos Estados Partes se manifestar favorável a essa Conferência, o Secretário-Geral das Nações Unidas convocará a Conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada por maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes será submetida pelo Secretário-Geral à aprovação da Assembléia Geral das Nações Unidas e, posteriormente, à aceitação de todos os Estados Partes.

2. Qualquer emenda adotada e aprovada conforme o disposto no parágrafo 1 do presente artigo entrará em vigor no trigésimo dia após a data na qual o número de instrumentos de aceitação tenha atingido dois terços do número de Estados Partes na data de adoção da emenda. Posteriormente, a emenda entrará em vigor para todo Estado Parte no trigésimo dia após o depósito por esse Estado do seu instrumento de aceitação. A emenda será vinculante somente para os Estados Partes que a tiverem aceitado.

Artigo 16

Qualquer Estado Parte poderá denunciar o presente Protocolo mediante notificação por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia tornar-se-á efetiva um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

Artigo 17

O texto do presente Protocolo será colocado à disposição em formatos acessíveis.

Artigo 18

Os textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo e do presente Protocolo serão igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados para tanto por seus respectivos governos, firmaram o presente Protocolo.