

APLICAÇÃO NO BRASIL DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

APPLICATION IN BRAZIL OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF
PERSONS WITH DISABILITIES

DR. NELSON ROSENVALD

Professor Investigador na Universidade de Coimbra (Portugal)

nelson.rosenvald@me.com

RESUMO: A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência substitui o paradigma individual, subjetivo e médico da proteção do indivíduo com sofrimento mental pelo viés da segregação e neutralização de situações existenciais, por um modelo social inclusivo de direitos humanos, de promoção da dignidade que importa em um giro transcendente na condição da pessoa com deficiência, por duas vias: a) garantia do acesso à direitos fundamentais (moradia, saúde, educação); b) reforço à autonomia privada da pessoa com deficiência - mesmo quando em situação de curatela - mediante a criação e reformulação de modelos jurídicos proporcionais e flexíveis, aptos a preservar na medida do possível o espaço de autogoverno do sujeito de direitos. Há um contexto social que requer adaptação para que todos os seres humanos participem ativamente da vida comunitária e se mantenha como centro das decisões que lhe afetem. Não é mais possível efetuar qualificações jurídicas nem sanitárias fundadas exclusivamente em diagnósticos ou antecedentes de saúde mental. Esse novo paradigma é dotado de uma força expansiva sob outros setores do ordenamento, impondo uma reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana. A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que só procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade da pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente.

PALAVRAS-CHAVE: deficiência; capacidade; personalidade; curatela.

ABSTRACT: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities replaces the individual, subjective and medical paradigm of the person with mental suffering under the bias of segregation and neutralization of the factual situations with a social model inclusive of human rights, of the promotion of dignity that results in a transcendent turn in the condition of the person with disability, in two manners: a) ensuring access to fundamental rights (housing, health, education); b) reinforcing the private autonomy of the

person with disability - even when under a curatorship - by creating and reformulating proportional and flexible legal models that are capable of preserving the space of self care of the subject of such rights, to the extent possible. There is a social context that requires adjustment so that all human beings may actively participate in community life and remain in the center of the decisions that affect them. Legal and sanitary classifications can no longer be based solely on mental health precedents or diagnosis. This new paradigm has an expansive force that spreads into other sectors, requiring a reconfiguration of the limits of the ability to act, the invalidity of business transactions, and the protection of the person and their equity. Incapacity will be a residual, exceptional, and restrictive response used only when the less encumber some alternative of restriction of capacity is inappropriate given the person's total impossibility of interacting with its environment and expressing their will, and provided that the support system set as initial help for the exercise of capacity is lacking.

KEY WORDS: disability; capacity; personality; curatorship.

FECHA DE ENTREGA: 15/04/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.- II. REVISANDO A TEORIA DAS INCAPACIDADES.- III. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS.- 1. Eficácias da dignidade da pessoa humana.- 2. A capacidade plena da pessoa com deficiência.- 3. As salvaguardas legais.- IV. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

Em 7 de Julho de 2015 foi publicada a Lei n. 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, contendo 127 artigos. A normativa entrou em vigor 180 dias após a sua publicação, com acentuada repercussão sobre todo o sistema jurídico, notadamente no plano do direito civil. O diploma legal materializa a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 13.12.2006, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno¹.

Em seus 50 artigos, a Convenção de nova York substancializa os incisos I e IV do art. 3º da Constituição Federal no plano da promoção do valor inerente das pessoas com deficiência: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade *livre, justa e solidária*; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*”². Por conseguinte, sendo o objeto da CDPD (art.1.) o princípio da não discriminação, com o propósito de “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”, indubitavelmente estamos diante de uma janela de oportunidades para que o

¹ A aprovação da Convenção Internacional representa a conclusão de um longo caminho voltado a reafirmação da Conferência de Viena das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, de 25/6/1993, do princípio da “universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação de todos os direitos humanos”. Esse texto foi o embrião do projeto de uma Convenção Internacional compreensiva de proteção e promoção dos direitos e da dignidade da pessoa com deficiência.

² Ao contrário do art.3. da Constituição Italiana, a nossa Lei Maior não foi explícita a ponto de inserir dentre os deveres do Estado o de “remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”.

sistema jurídico brasileiro garanta a igualdade de oportunidades³ que sejam dispostas na comunidade, restaure a visibilidade de cidadãos historicamente relegados ao limbo e impeça que, pelo motivo de deficiência, uma pessoa sofra menos valia em sua trajetória de vida.

II. REVISANDO A TEORIA DAS INCAPACIDADES.

“Ninguém é doido. Ou então, todos”. Na infindável lista de neologismos cunhados por Guimarães Rosa, o *personagente* é mais do que personagem e menos do que protagonista. Está no meio do caminhos entre as coisas e os adultos tidos como normais. Os *personagens* pertencem a duas categorias, os loucos e as crianças. Os da primeira são particularmente numerosos no universo roseano. Rodeados da áurea de sapiência e santidade de que os cerca o povo, exibem infindáveis esfumaturas e gradações da demência. Impossível traçar, aliás, a linha de demarcação entre esta última e a normalidade, tanto mais quanto por vezes a mais previdente e calculadora sabedoria se disfarça em mania, enquanto a loucura pode heroicamente adotar soluções de bom senso que a razão pusilânime não ousa levar em consideração⁴.

Se em Guimarães Rosa, as variantes da loucura interessam não como casos clínicos, e sim como campo propício à invasão do irreal, do irracional, do mágico –numa palavra, da poesia–, pela própria natureza de sua linguagem, assim nunca se deu no campo do direito.

Toda sociedade é por definição “excludente”, por deliberadamente selecionar aqueles que serão incluídos ou excluídos da coletividade. Em um primeiro momento, as religiões cumpriam essa função social, prescindindo das pessoas com deficiência, seja mediante um modelo *eugênico* (Grécia e Roma) ou um modelo de *marginalização* (idade média), no qual a exclusão das pessoas tidas como “diferentes” era a única resposta social aceitável. Posteriormente, com o advento dos iluminismos este papel foi paulatinamente delegado à medicina-psiquiatria. Como o ideal da modernidade se amparava no cientificismo e no progresso, fundou-se o modelo da *reabilitação*, cujo objetivo era normalizar as pessoas incapazes que, por problemas individuais, não se

³ Entende-se igualdade de oportunidades como “o processo mediante o qual os diversos sistemas da sociedade, o entorno físico, os serviços, as atividades, a informação e a documentação se põem a disposição de todos, especialmente as pessoas com deficiência”. (Normas Uniformes das Nações Unidas sobre a Igualdade de Oportunidades das Pessoas com Deficiência).

⁴ RONAÍ, P. No livro “Primeiras Estórias” elabora ensaio com rica nota introdutiva, na qual descreve a densa simbologia das vinte e uma estórias, além do caráter polissêmico dos seus personagens. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2005.

adaptavam à sociedade⁵. Para se alcançar tal desiderato, seria necessário transferir o controle da vida dessas pessoas a terceiros. Como resposta, lateralmente a criação de uma legislação de assistência e seguridade social, o direito civil desenvolveu o método racional e objetivo da teoria das incapacidades, para extirpar a autonomia e segregar aqueles que representavam entraves à estabilidade das relações sociais⁶.

Há de se reconhecer ao direito civil legado pela modernidade o incontestável mérito de introduzir o valor liberal-democrático da igualdade formal, pela via da indiscriminada concessão da capacidade civil, mediante paridade legislativa de tratamento em prol de todos indivíduos. Esse salto qualitativo permitiu amplo acesso ao estatuto das titularidades e consequente difusão de uma ordem de mercado, responsável por dois séculos de uma inédita prosperidade material nas nações exitosas na conciliação entre a tutela da autonomia no trânsito de bens e a criação de mecanismos que permitam o florescimento de sólidas instituições capazes de arbitrar as tensões entre o Estado, sociedade e o mercado. Por uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi o homem burguês, maior, alfabetizado, proprietário. A subjetividade dos demais humanos era cancelada, com a consequente exclusão da esfera pública e redução da capacidade patrimonial. A função ideológica desta concepção é a de imantar a garantia da liberdade na tutela da propriedade, convertendo o direito em guardião da ordem econômica do mercado.

De fato, a iluminista civilização do direito civil não permitiu o acesso de alguns homens ao estatuto da capacidade civil. O direito privado optou por uma postura ardua e implacável perante aqueles que se conduzissem de forma diferenciada nas relações patrimoniais. No sistema privado herdado da matriz europeia das codificações, a pessoa se diluí no indivíduo – abstrato sujeito de direitos e deveres -, polo de relações jurídicas e centro de interesses que se relacionam. A ideia de personalidade se vincula à titularidade. Em cada relação jurídica a atuação do homem é delimitada por um personagem que atua frente a um objeto. Não há *gente* - de *carne e osso* -, somente o subjacente *agente*, centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai. Ao sistema neutro do direito clássico não interessava a singularidade do comportamento e nuances de cada ser

⁵ Para uma compreensão dos diferentes modelos de tratamento da pessoa com deficiência, PALACIOS, A. e BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

⁶ CUNHA PEREIRA, R., evidencia que a “História sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição a razão. Mas esta fronteira entre o normal e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado ao longo do tempo. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada...eram loucura. Loucura que não tinha remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez e se faz até hoje no campo jurídico é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil”. *Comentários ao novo código civil*, XX, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2013, v. XX., p. 388.

humano. Ao ideal de segurança jurídica só convinha dialogar com aqueles que desempenhassem adequadamente os papéis determinados pela legislação, basicamente aqueles relacionados a uma adequada performance produtiva.

Se por um lado, a construção do sujeito abstrato teve o mérito de liberar formalmente a pessoa da servidão inata da sociedade estamental, permitindo-a nascer e permanecer formalmente igual em coletividade perante a norma, por outro, revelou ordenamentos jurídicos especialmente intolerantes com a diversidade. Desperta o desprezo as idiosincrasias e fragilidades pessoais.

Destarte, quem se conduzisse à margem do enredo racionalmente traçado pelo legislador seria remetido ao espaço destinado aos marginalizados: o estatuto da interdição.

A aproximação da autonomia da vontade à feição do mercado inspirou o clássico regime das incapacidades, uma refinada construção metafísica materializada por *Savigny*, capaz de cancelar a realidade fragmentária e conflituosa da vida pela artificialidade de conceitos técnicos, legitimando sobre o viés jurídico as dicotomias do juízo entre o certo/errado e o bem/mal. Surgem as categorizações: a capacidade de direito como aptidão genérica para a titularidade de direitos e obrigações na órbita civil e a capacidade de fato (ou de agir), até hoje tida como a aptidão para o exercício pessoal dos atos da vida civil, sem assistência ou representação. Esta gradativa classificação se mostra capaz de em três níveis – do céu ao inferno, passando pelo purgatório da incapacidade relativa -, excluir do projeto da cidadania aqueles tidos como “loucos”⁷.

No Brasil, como a medicina do século XIX não era capaz de catalogar o rol de transtornos mentais, o art. 5., inciso II, do Código Civil de 1916, conglobou em uma só fórmula aqueles que seriam relegados ao limbo da curatela: “*os loucos de todo o gênero*”, expressão equívoca, pela imprecisão e estigma. Certa feita, o filósofo *Nietzsche* precisou: “*se minhas loucuras tivessem explicações, não seriam loucuras*”. De fato, é bem mais simples excretar os “diferentes” para os confins da cidadania do que construir um diálogo em uma esfera democrática.

A sociedade ocidental do século XIX até meados do século XX se relacionou com os desvios e os descontroles, comumente homogeneizados e enquadrados pela expressão *loucura*, reflexo do domínio exercido pelas

⁷ RODOTÀ, S. admite que: “a modernidade inicia com o eclipse do conceito de pessoa, ofuscado pelo novo astro nascente: o indivíduo. Assim, toda experiência humana é amputada, sacrificando-se o concreto da vida – que é a vida do homem na sociedade e da sociedade no homem – em nome de um esquematismo rígido que se pretende substituir à realidade, imolada por uma pretensa exigência de uma ‘análise científica’ “. Tradução nossa, In *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 10.

concepções médicas em seu tratamento. Foucault atentou para o advento da psicologia, como condição de produção do louco do mundo moderno⁸⁹. A psicologia produz uma nova relação que passa a constituir o ser humano: o homem detém em seu interior a sua própria verdade. O louco também é detentor da sua verdade, mas essa verdade está oculta e, como ele não consegue alcançá-la, nem decifrá-la, clama desesperadamente para que ela seja, enfim, revelada. Tal e qual Raul Seixas, “*Eu não sou louco, é o mundo que não entende a minha lucidez?*”.

No período que medeia a contemporânea afirmação da dignidade humana e a invenção do “sujeito de direito” não se percebe um percurso linear, todavia uma descontinuidade, na qual ainda oscila a noção renascentista da dignidade naquela dos setecentos, do homem como titular de direitos. Esta ciclotimia é perceptível no Código Civil de 2002. Nosso estatuto da cidadania não alterou o panorama médico, subjetivo e essencialmente excludente da teoria das incapacidades. No máximo percebemos sutis mudanças no vocabulário normativo, mas nada que altere a substância do seu discurso reducionista. Afinal, “*old habits die hard*”¹⁰.

Sob a fórmula da “ausência” ou da “redução” do discernimento (arts. 3 e 4. do CC), seja por deficiência ou enfermidade mental, o Código Reale considera que distúrbios na integridade psíquica, em maior ou menor grau, remetem o sujeito à curatela, que pode ser entendida como um encargo deferido a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo em razão de um *modo de ser*, ou seja, um déficit cognitivo (deficiência) ou um *modo de estar*, calcado em um processo patológico (enfermidade). A seu turno, a interdição se colocava como a via processual de jurisdição voluntária para a obtenção da declaração judicial de incapacidade da pessoa sujeita à curatela. No estado extremo da incapacidade absoluta o sujeito “interditado” é integralmente substituído pela pessoa do curador, sendo certo que qualquer ato praticado sem a sua presença será

⁸ FOUCAULT, M. Defendida em 20 de maio de 1961, a tese de doutorado do pensador francês, *História da loucura na Idade Clássica* (do francês “*Histoire de la folie à l'âge Classique*”) realiza um recorte temporal que compreende o período renascentista e a modernidade, analisando-se as distintas formas de percepção do louco até a classificação da loucura como doença mental.

⁹ Quando escravos negros tentavam fugir no sul dos Estados Unidos (escapavam por sua liberdade!), a medicina considerava que eles eram portadores de uma doença chamada drapetomania (de “dapretes” –escravo que foge– e mania) este era considerado um diagnóstico legítimo! De outro lado, mulheres que se opusessem a dominação masculina, eram rotuladas como portadoras de “histeria”, que decorria da movimentação do útero!! Não se pode dizer que a situação hoje é outra: há 50 anos atrás havia cerca de 6 doenças mentais catalogadas; hoje a cifra alcança 300 e outras novas são descobertas todos os dias, tal como a “febre da primavera”, uma sensação de ânimo ou cansaço que surge ao início da primavera!

¹⁰ JAGGER, M. Música de 2004, composta para o filme *Alfie*.

sancionado pela nulidade (art. 166, I, CC)¹¹.

É de sabença geral que uma das missões do direito civil contemporâneo é revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo. Em Estados plurais e antropocêntricos, não obstante imersa na abstração e anonimato das massas, cada pessoa é titular de especial dignidade, cláusula geral assecuratória de direitos fundamentais na esfera privada e salvaguarda dos direitos da personalidade que irradiam sobre sua integridade psicofísica, nas dimensões do corpo, alma e intelecto. Na linguagem difundida pelo Direito Civil Constitucional, as situações jurídicas patrimoniais se submetem às existenciais, pois a pessoa é protagonista do Estado Democrático de Direito. Via de consequência, os conceitos de personalidade e capacidade se distanciam: aquela tida como um valor, hábil a impedir o fracionamento do ser humano em categorias. Esta, a seu turno, como a medida de um valor, pela qual a subjetividade de cada um de nós, a luz do grau de discernimento (sanidade + maturidade), determinará se a pessoa poderá se emancipar para a prática autônoma da vida civil ou se apoiará provisória ou definitivamente em outra pessoa: o representante ou o assistente legais. A personalidade é um dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo direito. Já a capacidade é concedida pelo ordenamento, variável em graus, sujeita portanto aos humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade.

Disto se extrai que a capacidade civil é um direito fundamental do ser humano, corolário de sua dignidade e liberdade, e que a curatela será fundada em circunstâncias excepcionais, motivada invariavelmente na proteção da pessoa que padece de transtornos mentais permanentes, jamais em punição pelo simples fato de se comportar de modo diferenciado. A final, a subjetividade é edificada e afirmada na diuturna superação de nossas vulnerabilidades.

Assim, há de se enaltecer o perfil funcionalizado da curatela. Não mais um instituto exclusivamente vocacionado à conservação do patrimônio do *incapaz*, porém um modelo jurídico instrumentalizado à proteção e promoção das situações existenciais da pessoa humana submetida à curatela. Abandonasse o paradigma enfermidade/interdição para que se ofereçam instrumentos de auxílio e proteção flexíveis e que não necessariamente comportem privações da capacidade de agir da pessoa com sofrimento psíquico. Com os olhos voltados para a CDPD, é tempo de materializar o que se deseja para a personalização da curatela, seja pelo expurgo do arcabouço jurídico incompatível com esse propósito, bem como, pela submissão das normas infraconstitucionais ao primado da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais incorporados ao bloco de constitucionalidade.

¹¹ Exame aprofundado das questões patrimoniais relacionadas ao advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência se encontra em artigo de minha autoria, ROSENVALD, N.: “Curatela”, inserido no *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015.

III. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS.

1. Eficácias da dignidade da pessoa humana.

O eixo personalista da Constituição Federal de 1988 é a cláusula geral da Dignidade da pessoa humana (art. 1., III, CF). Ao superar a esfera meramente defensiva da proteção ao indivíduo, pela concessão de uma tutela promocional ao desenvolvimento da pessoa humana, a Lei Maior potencializa o princípio da autonomia e, conseqüentemente o direito fundamental à capacidade civil. Desde então, impõe-se um aumento da “carga argumentativa” para restringi-la pela via da interdição. A imprescindibilidade desse *onus persuasivo* como motivação para a incapacitação civil se torna ainda mais veemente com a adoção pelo Brasil da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. Com o ingresso da CDPD em nosso direito interno, o vocábulo “interdição” é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação. De fato, o termo “interdição” remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito, apenas para atender a interesses de familiares ou terceiros.¹² Como já se afirmou, com a interdição não se forma qualquer programa de desenvolvimento da personalidade ou se consente a alguma forma concreta de participação na vida social pela pessoa, simplesmente, apaga-se a luz sobre a sua individualidade¹³.

O primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional conforme o procedimento qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição foi a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13/12/2006 - promulgada no Brasil pelo Decreto N° 6.949/09 e em vigor no plano interno desde 25/8/2009 -, cujo propósito (art. 1) 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*¹⁴.

¹² Por mais que o novo CPC tenha entrado em vigor após o Estatuto da Pessoa com Deficiência e, utilizado os termos “interdição”, “interditando”, “interditado” em diversas passagens (arts. 747 a 757), a Lei n. 13.105/15 deve deferência a CDPD, face à sua superioridade normativa, com *status* de emenda constitucional.

¹³ FAROLFI, A.: *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè Editore, Roma, 2014, p. 20.

¹⁴ A CDPD é transformadora para o Brasil. Todavia, antes de sua edição, outros países já haviam se adiantado em novas abordagens no trato das pessoas com deficiência. Destaque-se a experiência da Alemanha, com a *Betreuungsgesetz*, de 12.9.1990. A inovadora disciplina se

Esse fundamental diploma –que doravante trataremos como CDPD-, conceitua as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. Destaca-se o princípio do “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas” (artigo 3, “a”)¹⁵, que fica expresso no reconhecimento de que gozam de “capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (artigo 12, item 2). Enfim, temos como ponto de referência da CDPD a complexa busca de um equilíbrio entre a exigência de tutela dos espaços residuais de autonomia decisória do sujeito –na tentativa de preservar a sua liberdade pessoal-, e de outro, a proteção da própria pessoa com deficiência e da segurança do tráfego jurídico.

Aqui, a Dignidade da Pessoa Humana assume dupla dimensão. Primeiramente, uma *eficácia negativa*, fundada no dever de proteção, pela qual a pessoa com deficiência será merecedora de respeito por parte do Estado, sociedade e família. Todavia, trata-se de um renovado direito de proteção, apartado da concepção oitocentista de proteção como punição, centrada no modelo puramente organicista e científico do isolamento e custódia decorrentes da doença incurável, com vistas à remoção do ser humano problemático e afirmação da paz social e segurança jurídica.¹⁶ Isto é, sai de cena a arcaica concepção da proteção da sociedade em face do incapaz, substituída por uma moderna proteção do sujeito vulnerável dentro da sociedade. Com efeito, o repaginado direito de proteção recusa a heteronomia e se funda no imperativo categórico, pelo qual o impedimento duradouro jamais poderá acarretar a instrumentalização da pessoa para fins alheios, suprimindo-lhe a indispensável consideração e estima, sejam quais forem as suas vicissitudes, pois a dignidade é uma condição inata da pessoa humana, independentemente de seu aporte comunitário. Em uma sociedade de mercado, o ser humano não pode ser valorado pela sua utilidade social, primeiro passo para que a pessoa seja reificada quando visualizada a deficiência ou a simples percepção de um déficit de funcionalidade. Daí o

ancora em dois pontos: a) subsidiariedade, ou seja, a tutela especial das pessoas privadas de autonomia somente intervirão na medida em que se constate uma efetiva necessidade, com a mínima invasão possível; b) flexibilidade, ou seja, o recurso dos instrumentos protetivos deve se realizar de forma flexível, sendo calibrado de acordo com a concretude do caso, resguardo as aspirações e exigências dos beneficiários.

¹⁵ Redação semelhante é vista na letra “n” do preâmbulo da CDPD: “Os Estados Partes da presente Convenção...n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”.

¹⁶ Por muito tempo a disciplina nacional de tratamento se inspirou na Lei Francesa de 1838 (*loi esquirol*) e sua concepção arcaica inspirada na obrigação de tratamento baseada na custódia indeterminada e segregação da pessoa, com a finalidade de proteção – não da pessoa – porém de seus familiares, patrimônio e da sociedade, composta pelas pessoas sãs.

mérito do art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna...”.

Em complemento, a CDPD enfatiza a *eficácia positiva* da Dignidade da Pessoa Humana. De acordo com o art. 3, “a”, encabeçando os princípios da Convenção, encontra-se “O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Ao entrelaçar Dignidade, autonomia e independência o inciso incide em pleonasma, pois os dois últimos vocábulos exteriorizam o perfil ativo da dignidade, evidenciando o fato de que a deficiência não será um óbice para que as pessoas elejam e promovam as suas escolhas de vida, tornando-se protagonistas de suas biografias. Em paralelo, a Convenção determina que sejam adotados mecanismos locais de afirmação da autonomia para impedir que as eventuais limitações cognitivas possam acarretar empecilhos na tomada de decisões e no exercício do autogoverno. Esse novo paradigma é dotado de uma força expansiva sob outros setores do ordenamento, impondo uma reconfiguração dos limites da capacidade de agir, da invalidade dos atos negociais e da tutela patrimonial e existencial da pessoa humana.

O modelo social de direitos humanos considera que o tratamento jurídico devido as pessoas com deficiência (sejam elas capazes ou incapazes) não deve partir de um fundamento exclusivamente científico, porém preponderantemente social. A deficiência é um fenômeno complexo que não se limita a um atributo médico e individual da pessoa. Há um contexto social que requer adaptação para que todos os seres humanos participem ativamente da vida comunitária e se mantenha como centro das decisões que lhe afetem. Isso significa que diante da submissão da teoria das incapacidades à regra da proporcionalidade, o ordenamento necessita não apenas de um câmbio na tutela de direitos de natureza material (v.g. curatela e tomada de decisão apoiada), mas de técnicas processuais (v.g. curatela conjunta, termo de curatela e revisões periódicas) e ferramentas legislativas que sejam capazes de eliminar as barreiras que impeçam o acesso das pessoas com deficiência, visando à inclusão, através da equiparação de oportunidades¹⁷.

Nesse concerto entre a Dignidade como proteção ou promoção, a ênfase será posta na última em sua dupla acessão: seja no sentido de promoção

¹⁷ PALACIOS, A. e BARIFFI, F. “Se considera que as causas que originam a incapacitação são sociais, as soluções não devem apontar individualmente para a pessoa, pelo contrário, devem ser dirigidas à sociedade. Deste modo, o modelo anterior se centra na reabilitação ou normalização das pessoas incapacitadas, enquanto que o modelo sob análise advoga a reabilitação ou normalização de uma sociedade pensada e desenhada para fazer frente à necessidade de todas as pessoas”. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, cit., p. 22.

como direito fundamental de acesso a igualdade de oportunidades através da substantivação de condições sociais necessárias (direito à saúde, educação, moradia¹⁸, emprego) por meio de técnicas promocionais; seja como promoção de desenvolvimento autônomo de projetos de vida da pessoa com deficiência. Historicamente a *proteção* da pessoa com sofrimento psíquico era uma “faca de dois gumes”. Se por um lado, prestava-se a lhe servir de escudo no tocante aos desafios diários da vida, por outro, isolava o ser humano e sacramentava a sua condição de menos valia, perenizando a incapacidade.

De fato, a incapacidade absoluta e a conseqüente substituição da autonomia pessoal é incompatível com o trânsito social. Daí a prevalência do direito fundamental à promoção da autonomia da pessoa com deficiência, pois mesmo sob curatela (e redução da esfera de autogoverno pela assistência), a sua permanência no espaço comunitário será decisiva para que afirme os seus resíduos de capacidade, sob a condução de um projeto terapêutico individualizado.¹⁹ A incapacidade será uma resposta residual, excepcional e restritiva que só procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade da pessoa interagir com o seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente²⁰.

Não apenas a CDPD impede uma limitação total da capacidade jurídica pela existência de uma deficiência intelectual ou psicossocial, como assim tem considerado o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No caso *Shtukaturov x Rússia*²¹, entendeu-se que a incapacitação de uma pessoa

¹⁸ Eloquente exemplo de afirmação de autonomia é o reconhecimento de que o lugar natural da pessoa com deficiência não é uma instituição estatal ou privada, mas a sua própria moradia: Art. 19 CDPD: “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”.

¹⁹ Essa mesma tensão entre proteção e autonomia surge no direito penal, onde o “louco infrator” é tido como inimputável e conseqüentemente institucionalizado por uma medida de segurança, que em nada lhe protege. A substituição pela vertente promocional, e o conseqüente reforço da autonomia, impactaria em liquidar a dirimente penal, traduzindo a conseqüência criminal do ilícito a uma atenuante em razão das circunstâncias objetivas da impossibilidade de autodeterminação do agente.

²⁰ A Tomada de Decisão Apoiada não é um modelo jurídico inventado pela Lei n. 13.146/15. Ela decorre de um compromisso estatal com a aplicação da CDPD, aqui, especificamente, no art. 12. 3.º “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

²¹ Em março de 2008, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tomou uma decisão no caso de *Shtukaturov v. Rússia*. O Tribunal considerou que a incapacidade legal do requerente violou seus direitos a um julgamento justo (artigo 6.º) e o respeito da sua vida privada (artigo 8º). O Tribunal de Justiça também considerou que a subsequente colocação involuntária do requerente em um hospital psiquiátrico, sem revisão judicial violou seu

constitui uma ingerência na vida privada que deve se qualificar como muito grave, pois supõe a dependência de um representante em todos os âmbitos de sua vida, aplicando-se por um período indefinido, sem que possa ser impugnada. Afirmou-se, ainda, que a existência de um transtorno mental, mesmo grave, não pode ser a única razão para justificar uma incapacitação total, devendo contemplar-se uma resposta razoável, que restrinja o direito a esfera íntima ao estritamente necessário.

2. A capacidade plena da pessoa com deficiência.

A CDPD se edifica a margem da figura da incapacidade, porém culmina por abarcá-la. De fato, a deficiência não induz necessariamente a incapacidade, mas, sob o ângulo jurídico, todo incapaz será considerado uma pessoa com deficiência qualificada pela curatela. Com efeito, o amplo conceito de deficiência se centra na existência de uma menos valia na capacidade física, psíquica ou sensorial -independente de sua gradação-, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Já o incapaz é um sujeito cuja deficiência se qualifica por uma impossibilidade de exercício do autogoverno. Assim, a sua proteção será ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal, e a sujeição as determinações contidas na resolução judicial de incapacidade. Em suma, a constituição do estado de incapacidade de uma pessoa e a necessidade de sua submissão à curatela deve ser considerado requisito suficiente para se estimar que o incapaz é um deficiente que pode se beneficiar da ampla proteção articulada em favor desse, por força da já internalizada Convenção de Direitos Humanos²².

A CDPD constitucionaliza uma personalizada noção de “pessoa com deficiência” em substituição ao texto constitucional que utilizava a expressão “portador de deficiência”. Incorporada ao direito brasileiro com a estatura

direito à liberdade (n.º 1 e 4 do artigo 5º). O direito do recorrente a apresentar uma petição ao Tribunal Europeu (Artigo 34) também foi violada.

²² O Estatuto da Pessoa com Deficiência admite em caráter excepcional o modelo jurídico da curatela, porém, sem associá-la à incapacidade absoluta. Portanto, A Lei n. 13.146/15 nos remete a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela e deficiência qualificada pela curatela. A deficiência como gênero engloba todas as pessoas que possuam uma menos valia na capacidade física, psíquica ou sensorial -independente de sua gradação-, sendo bastante uma especial dificuldade para satisfazer as necessidades normais. O deficiente desfruta plenamente dos direitos civis, patrimoniais e existenciais. Porém, se a deficiência se qualifica pelo fato da pessoa não conseguir se autodeterminar, o ordenamento lhe conferirá proteção ainda mais densa do que aquela deferida a um deficiente capaz, demandando o devido processo legal de curatela.

equivalente às Emendas Constitucionais²³, naturalmente se sobrepõe à normatividade infraconstitucional –invalidando normas subalternas-, cabendo portanto aos poderes constituídos a adoção de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias à realização dos direitos nela reconhecidos, o que implica, por extensão, na implementação de medidas que modifiquem ou revoguem leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituem discriminação contra pessoas com deficiência, capazes ou incapazes. Não se trata apenas de afirmar a igualdade formal de direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 5.1)²⁴, mais do que isto, a Convenção articula medidas de ações positiva ou discriminação inversa, ao estabelecer que “as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias” (artigo 5.4).

A concepção da capacidade jurídica como princípio, a natureza excepcional de suas limitações e a defesa de seu exercício pessoal, resultam de uma dimensão que ela adquiriu nos últimos tempos, nos vários planos jurídicos, em especial no direito internacional. Com efeito, o conceito atual de capacidade transcende os contornos de sua qualificação como “atributo da personalidade”, próprio da doutrina civilista tradicional, configurando-se como verdadeiro direito humano. O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Ela é indispensável para o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e adquire uma importância especial para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais com respeito a sua saúde, educação e trabalho. Frequentemente, a negação da capacidade jurídica as pessoas com deficiência priva-lhes de vários direitos fundamentais, como o direito ao voto, ao matrimônio e ao estabelecimento de família, aos direitos reprodutivos, a autoridade parental, ao consentimento ao tratamento médico e o direito a

²³ Esta “equivalência” significa que estes tratados e convenções internacionais: a) passarão a reformar a Constituição, sendo, desta forma, também formalmente constitucionais; b) não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional; c) servirão de paradigma de “controle concentrado”, por quaisquer dos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal, a fim de invalidar erga omnes as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45-46). Ademais, a convenção possui aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º da CF), produzindo efeitos instantâneos no plano interno. O “status constitucional” do tratado lhe insere no chamado “bloco de constitucionalidade”, na qualidade de norma “materialmente constitucional”. MAZZUOLI, V.: “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009, pp. 45-46.

²⁴ “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”.

liberdade. O artigo 12.2. da CDPD reconhece a igualdade na capacidade jurídica das pessoas: “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”.

A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Não é mais possível efetuar qualificações jurídicas nem sanitárias fundadas exclusivamente em diagnósticos ou antecedentes de saúde mental. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência²⁵. O objetivo da CDPD é o de permutar o paternalismo do atual modelo médico –que deseja reabilitar o “paciente” para se adequar à sociedade–, por um modelo social de direito humanos cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. Não se trata de abandonar a perspectiva clínica, mas a de a ela acrescentar as dimensões biológica e social, para que se compreenda a saúde de uma pessoa em uma visão holística (“biopsicossocial”). A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade²⁶. Se, por um lado, a perspectiva antidiscriminatória requer uma abordagem social da deficiência, residualmente, o direito à prestações sociais (acesso a tratamentos, pensões e benefícios previdenciários) ainda demanda uma análise predominantemente técnica/médica, a fim de que se avalie a gradação da menos valia para fins da pessoa gozar de determinado benefício.

Por tais razões, reconhece o art.1. da CDPD: “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”. Há de se observar que não estamos

²⁵ Esse modelo social pode ser encontrado em outras legislações. A Lei n. 2007-308, alterou o Código Civil da França. O art. 415, em sua nova redação, dispõe que “Os adultos recebem a proteção da sua pessoa e sua propriedade quando sua condição ou situação torna necessária, conforme previsto no presente título. Essa proteção é estabelecida e assegurada em relação às liberdades individuais, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa. Sua finalidade é o interesse da pessoa protegida. Ela promove, na medida do possível, a autonomia destes últimos. É um dever da família e da autoridade pública”.

²⁶ Nesse sentido, converge o Artigo 19 da CDPD: 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”.

diante de um rol *numerus clausus*, mas apenas de um piso mínimo de um conceito aberto de deficiência, na medida em que a lei brasileira - ou a de qualquer outra nação -, poderá adotar uma definição mais ampla e beneficiar outras pessoas, pois não apenas indivíduos com deficiência sofrem restrição quanto à plena participação em sociedade, os estereótipos são mais generalizados alcançando seres humanos pela simples “aparência” da deficiência (v.g. sujeito com HIV positivo; alguém que no passado teve sofrimento psíquico; indivíduo com exame genético que acusa risco de patologia; parentes e pessoas que vivem ou trabalham com pessoas com deficiência). Teoricamente não ingressariam no âmbito protetivo e promocional da CDPD, mas podem sofrer estigmatização e desconsideração social nas relações interpessoais e no campo do trabalho.

O fato é que o direito civil sempre valorou a pessoa pela lógica do *essentialismo*. Uma espécie de “tudo ou nada”, no qual se perquiria se a pessoa era ou não “doente mental” e, conseqüentemente, capaz para a prática de atos da vida civil. Todavia, a realidade da vida não se presta a rígidos esquemas conceituais. Ilustrativamente, um psicótico, com transtornos mentais mais graves terá alucinações auditivas e delírios, porém pode ser capaz de praticar os atos da vida civil. Em contraposição, pessoas que não deliram e nem “ouvem vozes” podem objetivamente ter dificuldades para se autodeterminar e suportar isoladamente os desafios do dia a dia. Vale dizer, inexistente a tipologia do paciente com transtorno mental, pois todos somos capazes e incapazes em certos domínios. Deficiência não é algo que apenas diz respeito a uma minoria da humanidade, trata-se de uma experiência humana universal. Todos podemos experimentar um decréscimo na saúde e conseqüentemente, algum grau de deficiência.

A aferição da efetiva existência de um transtorno mental é um dado que pertence aos saberes da psiquiatria, sem necessária repercussão no campo da capacidade civil. Aliás, muito antes do direito, a medicina já havia percebido que a tal “normalidade” é um conceito enganoso. Em português comum, ser “normal” significa ser saudável, perfeito. Matematicamente, contudo, “normal” é apenas aquele que cai no centro de distribuição estatística de um parâmetro. E dada a complexidade do cérebro, dificilmente alguém matematicamente normal é também perfeitamente saudável. De acordo com as estatísticas dos Institutos Nacionais de Saúde dos EUA, ao menos 30% dos adultos sofrem, sofreram ou sofrerão de um transtorno de ansiedade em algum momento da vida, mais de 20%, de depressão, mania ou bipolaridade, quase 20% de enxaquecas. Dos idosos com mais de 65 anos, 13% tem doença de Alzheimer, e dentre aqueles com mais de 85 anos, 45%. Cerca de 9% dos adolescentes sofrem de algum grau de distúrbio de déficit de atenção, cerca de 9% das crianças e adultos tem algum distúrbio de personalidade (*borderline*, evitante ou antissocial). Cerca de 4% das pessoas sofrem ao menos um ataque epilético ao longo da vida, e 3% sofre ao menos um AVC. Dos

jovens adultos, 2% tem transtorno obsessivo-compulsivo, cerca de 1% da população tem algum grau de autismo (ou síndrome de *asperger*), outro 1% sofre de esquizofrenia. E um numero enorme ainda escolhe destruir o próprio cérebro com drogas variadas. Enfim, em algum momento de nossas vidas teremos grandes chances de “encaixar” nosso perfil a algum desses transtornos.

Assim como a pessoa “média” não existe —aquela com exatamente a altura média, o peso médio, a distancia entre os olhos, a frequência cardíaca média da população—, a chance de alguém ser normal a vida toda, sem qualquer transtorno neurológico, é ínfima. De perto, ninguém normal. Nem deveria ser: porque normal, afinal, é não ser normal.

Em síntese, a CDPD perfilha-se ao método introduzido pela Organização Mundial de Saúde e atualmente utilizado para a definição da deficiência, o ICF (*International Classification of functioning, disability and health*)²⁷. A inovação do instrumento consiste em um desvio do foco, da causa para o impacto nas condições de saúde, compreendendo a deficiência como fenômeno multidimensional, que toma em consideração os seus aspectos sociais e o peso do ambiente no funcionamento da pessoa, não mais como uma disfunção médica ou biológica, capaz de reduzir a pessoa em toda a sua complexidade (valores, crenças e direitos fundamentais) a uma simples doença²⁸.

3. As salvaguardas legais.

Outro destaque da CDPD concerne à prefixação de salvaguardas à capacidade legal da pessoa com deficiência. Com propriedade, aduz o decreto que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12, n. 2). Para substancializar a proteção e promoção da autonomia da pessoa deficiente, a teor do disposto no art. 12, n. 4, estipula-se que: “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

²⁷ O texto da Resolução n. 54/21 de 2001 da OMS é encontrado no www.who.int/icidh.

²⁸ Na Itália, esse assunto se desenvolveu graças as lições do Dr. FRANCO BASAGLIA: “Não é que nós prescindimos da doença, mas acreditamos que para haver relação com um indivíduo seja necessário configurá-lo independente daquela que pode ser a etiqueta que o define... o que importa é ter consciência de quem é este indivíduo, em qual realidade social ele vive, qual é a sua relação com essa realidade”. RECALCATI, M.: *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problem del dopo freud*, Mondadori, Milano, 2003, p. 181.

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”²⁹.

Três aspectos acima referidos merecem destaque: a) a necessidade da curatela respeitar os direitos, as vontades e preferências da pessoa humana, sendo proporcional e apropriada às suas circunstâncias; b) a restrição à capacidade deve se dar pelo período mais curto possível; c) a necessidade de submissão da curatela a uma revisão regular, independente e imparcial. A referida trilogia remete aos princípios da necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade e denota um duplo denominador comum: de um lado, a vontade de caracterizar a elasticidade e flexibilidade das medidas de proteção, bem como, a de adequá-las as características concretas de cada beneficiário e de outro, a valorização da margem de autonomia decisória realizável pela pessoa, através da eliminação do automatismo da relação entre medidas de proteção e reconhecimento da incapacidade.

Surge uma concepção na qual aqueles antes visto como interdito e sujeito irrecuperável, converte-se em um curatelado com um status transitório, influenciado por fatores externos presentes no contexto social, um sujeito cuja condição pode ser suportada e curada³⁰. A curatela deve ser compreendida na lógica de um processo³¹, ou seja, um conjunto de atos coordenados cuja finalidade é a restituição à pessoa do direito fundamental da capacidade civil. A curatela sem prazo subverte essa dinâmica, institucionalizando a incapacidade, sem que o sujeitos do processo terapêutico percebam claramente a premência da função de *libertação* da

²⁹ A Lei n. 13.146/15 caminha no sentido personalista da CDPD. Em seu artigo 2. conceitua a pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. De acordo com o art. 84, “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. O § 1o do mesmo art. 84 preconiza que: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”. Em arremate, o § 3o aduz que, “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”.

³⁰ VIMERCATI, B.: *Consenso informato e incapacità*, Giuffrè Editore, Roma, 2014, p. 134.

³¹ Aderimos aqui a noção de *processo* da forma concebida por Clóvis do Couto e Silva, utilizada para materializar o direito das obrigações, dinamizando o adimplemento: antes, mero ato formal de realização de uma prestação; agora, finalidade para o qual a obrigação se polariza desde a etapa embrionária das tratativas até fase pós-negocial. O percurso é iluminado pela diretriz da concretude, que concretiza deveres de conduta, hábeis a guiar as partes ao cumprimento das prestações em um ambiente de lealdade e respeito, evitando-se a frustração das legítimas expectativas dos iguais titulares de direitos fundamentais.

pessoa humana submetida ao *status* de incapaz³².

Realmente, uma curatela despida de um “ponto de chegada”, revela duas ordens de questionamentos. Primeiramente, a ausência de expectativas com relação a uma reavaliação do interdito robustece a incapacidade, pois suprime o ímpeto da pessoa de se submeter a tratamentos que possam restabelecer o equilíbrio psíquico. No mais, o levantamento da curatela depende de pedido do curador ou do indivíduo sentenciado. Caso a iniciativa não parta do representante (por negligência ou por não considerar que cessou a causa que motivou a sentença), dificilmente o requerimento partirá do próprio curatelado: seja pela natural barreira do acesso ao judiciário sem o acompanhamento do representante, ou mesmo pelo déficit de credibilidade de um requerimento de lavra de uma pessoa previamente deslegitimada pelo sistema jurídico³³.

IV. CONCLUSÃO.

As pessoas com deficiência se inserem no grupo dos “*novos sujeitos de direito*”, não apenas pela proeminência dos direitos fundamentais individuais e sociais que garantem o direito à diferença, mas sobremaneira após a incorporação ao direito interno da CDPD e a promulgação da Lei 13.146/15. Transpusemos o entendimento pandectista de que o direito deve ser disciplinado tão somente mediante categorias jurídicas, pois atualmente não se prescinde do que é eticamente exigível.

³² Nos moldes do Código Civil de 2002 a “interdição” seguramente ostentava o posto de mais grave sanção punitiva do direito brasileiro: ao contrário da prisão, não havia proporcionalidade entre o delito e o apenamento; inexistia previsão de duração da pena, assim como progressão de regime, revisão de condições ou qualquer benefício no transcurso de seu cumprimento. Em regra ela era vitalícia e desprovida de controle sobre a situação pessoal do interdito e fiscalização do comportamento do curador.

³³ Uma excepcional situação de levantamento da curatela pelo próprio destinatário da curatela é narrada no clássico, *Memórias de um doente de nervos*, cujo autor, DANIEL SCHREBER, magistrado e membro de corte superior de tribunal alemão, elabora relato autobiográfico, com destaque para o período de sua internação e o seu posterior reingresso na sociedade. Essa narrativa se tornou um dos recursos mais utilizados para o estudo da psicose, visto que os delírios do autor são descritos de forma muito detalhada. No início da obra o autor assume que “Considerando que tomei a decisão de, em um futuro próximo, solicitar minha saída do sanatório para voltar a viver entre pessoas civilizadas e na comunhão do lar com minha esposa, torna-se necessário fornecer às pessoas que vão constituir meu círculo de relações ao menos uma noção aproximada de minhas concepções religiosas, para que elas possam, se não compreender plenamente as aparentes estranhezas de minha conduta, ter ao menos uma ideia da necessidade que me impõe tais estranhezas”. SCHREBER, D.: *Memórias de um doente dos nervos*, Paz e Terra, 3ª ed.: tradução e introdução de Marilene Carone, São Paulo, 2006.

A regulação da capacidade jurídica em nosso sistema -e em muitos outros- não se orienta a tutelar apenas a pessoa deficiente incapacitada, mas também a proteger a integridade, o valor e a utilidade de certas práticas consideradas socialmente relevantes, determinando aqueles que podem ou não delas participar. Tradicionalmente, esse método de inclusão ou exclusão se adequou as necessidades do direito privado, que não hesitou em se servir do cômodo mecanismo da substituição dos incapazes na condução de seu patrimônio e da própria vida. O paradoxal é que há mais de 25 anos os civilistas se debruçam sobre o fenômeno da personalização das situações jurídicas patrimoniais. Bem o fizeram nos setores da propriedade, contratos e família. Inexplicavelmente, olvidaram-se em personalizar o ser humano, preso a um conceito de capacidade jurídica puramente abstrato, de exclusão do sujeito sem discernimento pela via da interdição.

O que a CDPD e a Lei n. 13.145/15 pretendem é tornar a capacidade jurídica permeável aos princípios, por um modelo social de fundamento ético, com apelo aos direitos fundamentais. O direito constitucional penetra e vive no tecido civilístico e a sua argumentação será utilizada pelo jurista na resolução das controvérsias concretas. A teoria das incapacidades e a curatela surgiram há muito tempo para cobrir situações que atualmente não mais se adequam ao discurso dos direitos humanos. Manter incólume essa regulação básica, com suaves adequações, significa ignorar as obrigações internacionais impostas pela CDPD e a própria Carta Constitucional. O Estatuto da pessoa com Deficiência corretamente apostou em uma reforma mais profunda, alterando o conteúdo e o sentido das medidas que permeiam o modelo da capacidade jurídica. Essa é a chave para a conquista da autonomia.

Vivemos em uma sociedade democrática em que há um abismo axiológico entre as pessoas. A diversidade deve ser uma fonte de riqueza de direitos e não de censura e preconceito. Este *direito à diferença* dentro de um quadro de pluralidade é a base da manutenção da racionalidade de cada um e a salvaguarda de sua emancipação. A garantia de sobrevivência consiste na tolerância e alteridade, considerando-se cada pessoa em sua concretude.

O ordenamento assegura o respeito à dignidade, mas não a aprisiona em conceito. A final, não se trata da abstração ou banalização da dignidade, mas da dignidade do sujeito de necessidades, da pessoa de “carne e osso”. Se injustificadamente cercearmos a autonomia alheia, ofendemos a sua dignidade. Direitos Fundamentais da pessoa com deficiência só podem ser sacrificados em nome da defesa de sua própria dignidade. Valorizamos o cuidado, como expressão de humanidade. Porém o cuidado com o diferente não significa infantilizar, categorizar ou estigmatizar o outro, mas reconhecer-se solidário e igual.

Encerro tal como iniciei, com as palavras mais que apropriadas de Guimarães

Rosa: “*Só se pode viver perto do outro, e conhecer outra pessoa, sem perigo de ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor já é um pouquinho de saúde, um descanso na loucura*”.

BIBLIOGRAFÍA

FAROLFI, A.: *Amministrazione di sostegno*. Roma: Giuffrè Editore, 2014.

MAZZUOLI, V.: “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.

PALACIOS, A., BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.

PEREIRA, R. da C., in TEIXEIRA, S. de F. (coord.): *Comentários ao novo Código Civil – Da união estável, da tutela, da curatela – Arts. 1.723 a 1.783*, v. XX, Forense, 2ª. ed., Rio de Janeiro, 2013.

RECALCATI, M.: *Introduzione alla psicoanalisi contemporanea. I problem del dopo freud*, Mondadori, Milano, 2003.

RODOTÀ, S.: *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

ROSENVALD, N.: “Curatela”, in *Tratado de Direito das Famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2015.

SCHREBER, P.: *Memórias de um doente dos nervos*, Paz e Terra, 3ª. ed.: tradução e introdução de Marilene Carone, São Paulo, 2006.

VIMERCATI, B.: *Consenso informato e incapacita*, Giuffrè Editore, Roma, 2014.