

DEFENDENDO DIREITOS: A ANÁLISE DO PL. N° 757/2015 E SUA CONSTITUCIONALIDADE FRENTE À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

DEFENDING RIGHTS: THE ANALYSIS OF THE BILL N° 757/2015 E ITS CONSTITUTIONALITY IN FACE OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Paula Santiago Soares*

Kelly Cristina Canela**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A força normativa constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: suas garantias e princípios. 3 Críticas e questões que ensejaram a criação do Projeto de Lei n.º 757/2015. 3.1 As alterações realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão. 3.2 A antinomia entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015. 4 A análise do PL n.º 757/2015 frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: Com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador criou a Lei Brasileira de Inclusão, a qual trouxe uma revolução na teoria das incapacidades e no instituto assistencial da curatela, levando a diversas críticas e questionamentos, principalmente após a entrada em vigência do Código de Processo Civil, que demonstrou a existência de antinomia jurídica das disposições normativas quanto ao instituto da curatela, em relação aos limites da curatela, o protagonismo do curatelando e a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar, entre outras. Deste modo, como resposta a essas críticas e para dar fim à insegurança jurídica advinda da antinomia, apresentou-se o Projeto de Lei n.º 757/2015, que busca alterar o Código Civil e o Código de Processo Civil. Todavia, quando do seu texto inicial, questionamentos sobre a sua constitucionalidade frente à CDPD foram realizados, de modo que o presente artigo objetiva a análise desta conforme o texto atual do projeto de lei. Utilizou-se do método dedutivo-bibliográfico e documental, em razão da pesquisa se dar no âmbito teórico.

* Mestranda bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

** Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca.

Artigo recebido em 20/02/2021 e aceito em 08/05/2021.

Como citar: SOARES, Paula Santiago; CANELA, Kelly Cristina. Defendendo direitos: a análise do Pl. n.º 757/2016 e sua constitucionalidade frente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 40, p. 403-429, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão. Antinomia. Teoria das incapacidades. Curatela. Projeto de Lei n.º 757/2015.

ABSTRACT: *With the advent of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ICRPD) in the Brazilian legal system, the legislator created the Brazilian Law of Inclusion, that brought a Revolution in the theory of incapacities and in the assistential institution of curatorship, which received several critics and questions, principally after the Civil Procedure Code, that demonstrated the existence of a legal antinomy about the curatorship institute, in relation to the boundaries of the guardianship, the protagonismo of the ward and the mandatory presence of a multidisciplinary team, between others. Thus, as a response to those criticismo and to end the legal insecurity that came with the antinomy, it was presented the Bill n.º. 757/2015, that seeks to change the Civil Code and the Civil Procedure Code. However, during its initial text, questions about its constitutionality in face of the ICRPD were made, so it is essential that the presente paper analysis it in face of the current text of the Bill. The deductive-bibliographic and documentary method was used as the research took place in a theoretical level.*

Keywords: *International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Brazilian Law of Inclusion. Antinomy. Theory of incapacities. Curatorship. Bill n.º. 757/2015.*

INTRODUÇÃO

A luta pelos direitos das pessoas com deficiência ocorre há anos, mas foi com a criação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que se atingiu o ápice. Este tratado de direitos humanos traz diversas garantias de direitos fundamentais às pessoas com deficiência, entre eles o de capacidade jurídica e salvaguardas necessárias para o seu exercício.

A CDPD foi aprovada por quórum qualificado e adentrou o ordenamento jurídico brasileiro com força normativa de emenda constitucional, conforme o §3º do art. 5º da CF/88. Deste modo, para se adequar o direito brasileiro a essas novas normas constitucionais, foi criada a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) (Lei n.º 13.146/2015), a qual, com o objetivo de respeitar a determinação da CDPD, revolucionou a teoria das incapacidades, deixando de considerar as pessoas com deficiência intelectual ou mental como incapazes, além de alterar o instituto da curatela, de modo que este seja imposto apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, de forma excepcional e proporcional.

Todavia, tais alterações levaram a diversas críticas quanto à desproteção das pessoas com deficiência intelectual, principalmente daquelas em que há pouca possibilidade de expressão da vontade. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015, quando da sua entrada em vigor, trouxe diversas normas divergentes à LBI relativas ao instituto da curatela, surgindo, assim, uma antinomia no ordenamento jurídico, quanto aos limites da curatela, a obrigatoriedade (ou não) da presença de

equipe multidisciplinar, o protagonismo do curatelando, a possibilidade de autocuratela e a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação. Portanto, por tais motivos foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 757/2015, buscando alterar as disposições da LBI, do Código Civil e do CPC.

Após a apresentação de tal PL diversas análises ocorreram sobre ele, considerando-o inconstitucional, contrário às normas da CDPD. Entretanto seu texto sofreu duas alterações. Neste sentido, o presente artigo objetiva fazer análise quanto à constitucionalidade do projeto de lei, em razão da importância que apresenta para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência e as graves consequências que a sua publicação pode causar se tal inconstitucionalidade ainda permanecer.

De tal modo, a realização de tal análise ocorrerá por meio do método dedutivo-bibliográfico e documental, em razão da pesquisa ser realizada no campo teórico, utilizando-se de bibliografias de direito constitucional e civil, além dos textos do Projeto de Lei em estudo e das leis a que ele se refere. Quanto ao método de abordagem dedutivo, este será usado na observação e recolhimento das diversas opiniões e informações quanto ao tema discursado, de modo a se atingir conclusão quanto à (in) constitucionalidade do Projeto de Lei em estudo.

1 A FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os tratados internacionais de direitos humanos surgiram a partir de um recente campo do Direito, chamado de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o qual nasceu em consequência do pós-guerra e teve como representativo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual introduziu uma concepção contemporânea de direitos humanos (PIOVESAN, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro o marco principal de respeito aos direitos humanos foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, a ser sempre levado em conta para a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Ademais, de modo a reforçar o compromisso do Brasil com os direitos humanos e a aceitação do Direito Internacional, a CF/88 determina em seu art. 5º, §2º que os direitos e garantias expressos na 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”.

A partir de tal disposição, a doutrina, de forma majoritária, passou a defender a teoria da constitucionalidade das normas presentes nos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, “quaisquer tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil têm índole de normas constitucionais” (MELO, 2014, p. 4), esse entendimento se baseia no princípio da prevalência dos direitos humanos e da dignidade humana, que rege o ordenamento brasileiro.

Ademais, de modo a reforçar a importância de tais tratados e seu status constitucional, a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 adicionou o §3º ao art. 5º da CF/88, determinando que os tratados de direitos humanos aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Deste modo, a EC traz que nos casos de aprovação por quórum qualificado, os tratados de direitos humanos constitucionais, tanto material como formalmente.

Assim, ao mesmo tempo em que a emenda constitucional reforçou a importância dos tratados de direitos humanos e sua presença no bloco de constitucionalidade³, ela trouxe mais divergências quanto à teoria da força normativa daqueles tratados que não foram aprovados conforme o §3º, do art. 5º, da CF/88. Neste ponto, tem-se que o entendimento jurisprudencial, pelo Supremo Tribunal Federal, é contrário ao entendimento majoritário da doutrina.

Por meio do julgamento do RE 466.343, no ano de 2008, o STF definiu que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado previsto na EC n.º 45 possuem força normativa supralegal, ou seja, permanecem em nível hierárquico inferior à Constituição, mas superior às leis infraconstitucionais. Entre as razões apresentadas na defesa desse entendimento, tem-se que a Constituição possui supremacia material e formal, inclusive sobre os diplomas internacionais; que a consideração de *status* constitucional leva ao risco de uma ampliação inadequada do que se considera “direitos humanos”; e que o §3º, do art. 5º, deixa claro que apenas alguns tratados de direitos humanos, aqueles aprovados por quórum qualificado, devem possuir força normativa constitucional (MAUÉS, 2013, p. 218-219).

³ Chama-se bloco de constitucionalidade o conjunto de normas previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum especial.

Apesar deste entendimento solidificado na jurisprudência até os dias atuais, a maioria da doutrina ainda defende que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem natureza constitucional, com base no §2º, do art. 5º, da CF/88, e que o §3º, veio apenas como complemento e para garantir que alguns tratados sejam considerados material e formalmente constitucionais, enquanto os demais são apenas materialmente, pois não integram o Texto Constitucional, mas passam a compor o chamado “bloco de constitucionalidade” (FONSECA, 2012, p. 249).

Quanto à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), também conhecida como Convenção de Nova Iorque, apesar da EC n.º 45 datar de 2004, foi apenas em 2008 que a CDPD, juntamente com seu Protocolo Facultativo, foi aprovada e em 2009 internalizada, sendo o primeiro tratado de direitos humanos a constar com o *status* normativo constitucional, em razão da sua aprovação conforme os trâmites previstos no §3º, do art. 5º, da CF/88.

Portanto, não há dúvidas quanto à força normativa constitucional da CDPD, que se iguala a uma Emenda Constitucional e deste modo deve ser respeitada, “é inegável que quaisquer dispositivos previstos em nossos ordenamento, sejam anteriores ou posteriores, devem a ela adequar-se” (PEREIRA JÚNIOR; BARBOSA, 2017, p. 116). Os tratados, de modo geral, se beneficiam do princípio do *pacta sunt servanda*, conforme o artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, e os de direitos humanos, em específico, “criam obrigações recíprocas entre os Estados, estabelecem deveres do Poder Público em relação aos seus jurisdicionados” (MAUÉS, 2013, p. 226).

Os tratados de direitos de direitos humanos objetivam, de forma primeira, a proteção da pessoa humana, para além das políticas e desejos do Estado, a Constituição Federal já garante esse respeito supremo ao ter em seu eixo de sustentação o princípio da dignidade da pessoa humana (GUSSOLI, 2019, p. 724), o qual deve reger todos os atos do Poder Público.

De tal maneira, a CDPD é material e formalmente constitucional, fazendo parte não apenas do “bloco de constitucionalidade”, mas do Texto Constitucional por ser considerada como emenda constitucional pelo §3º, do art. 5º, da CF/88, portanto, pode-se realizar tanto o controle de constitucionalidade, como o controle concentrado de convencionalidade, com base nela para as leis infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade é uma garantia da supremacia dos direitos fundamentais e um modo de limitar o poder Estado, em que se verifica a compatibilidade das leis com a Constituição, tanto em relação aos seus requisitos formais, como materiais, e pode ocorrer de forma concentrada, por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) perante o STF, ou por controle difuso, o qual “é caracterizado pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal” (MELO, 2014, p. 6).

Enquanto o controle de concentrado de convencionalidade, defendido por Mazzuoli (2009, p. 133), ocorre quando se quer verificar se a lei é compatível com tratado internacional incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com força de emenda constitucional, pelo art. 5º, §3º, da CF/88⁴. De tal modo, defende que se pode utilizar da ADIn para realizar tal controle.

2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: SUAS GARANTIAS E PRINCÍPIOS

Para verificarmos se uma possível lei será materialmente inconstitucional em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é essencial o conhecimento das suas disposições, dos motivos da sua criação e dos seus objetivos, com um olhar em especial, conforme o que se objetiva com o presente artigo, para as determinações que tratam sobre a capacidade das pessoas com deficiência.

A Convenção e seu Protocolo Facultativo nasceram em razão de cinco anos de trabalho de um Comitê *ad hoc* criado pela ONU em 2001 e resultaram no “mais importante instrumento protetivo às pessoas com deficiência no âmbito multilateral” (GALERANI, 2019, p. 29), o qual já conta com 147 Estados signatários.

Este Comitê foi formado não só por juristas e especialistas, mas, também, pela sociedade civil, principalmente aqueles com deficiência, garantindo o cumprimento do slogan “nada sobre nós sem nós”, mundialmente adotado desde os anos 1980, o qual é o motivo de

⁴ Para Valerio Mazzuoli, todos os tratados internacionais que tratem de direitos humanos e que foram ratificados pelo Brasil possuem nível de normas constitucional, de forma somente material ou de forma material e formal. Deste modo, Mazzuoli defende que estes tratados internacionais são paradigma de controle de normas infraconstitucionais, o chamado controle de convencionalidade das leis.

a CDPD requerer que os Estados signatários consultem seus cidadãos com deficiência sobre o melhor modo de adequar a lei à sua realidade. O objetivo da Convenção é:

garantir que as pessoas com deficiência estejam habilitadas a exercer todo o conjunto de direitos humanos, passando à visão de que é necessário ‘corrigir’ as atitudes da sociedade, ao invés do entendimento que se tinha antes, de que era necessário ‘consertar’ as pessoas com deficiência (SOARES, 2019, p. 343).

Assim, como é possível observar na primeira parte do Artigo 1 da Convenção⁵, o propósito é demonstrar que o que exclui as pessoas com deficiência da sociedade não é sua incapacidade ou limitações, por isso a conceituação de pessoa com deficiência passou a ser “aquelas que têm impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.” (artigo 1, segunda parte).

Com esse novo conceito, a CDPD apresenta um novo modelo de deficiência, o social, o qual considera que a deficiência existe em razão das barreiras que são impostas pela sociedade – não apenas pelas questões de saúde inerentes à pessoa – sejam essas barreiras físicas ou comportamentais, com estas últimas sendo as mais difíceis de superar, “porquanto leva a pessoa com deficiência sentir-se desenquadrada, inibida e limitada” (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 131) e existem há muitos anos, marcadas pelo preconceito e o estigma que ainda não foram superados.

Os modelos anteriormente existentes eram, primeiramente, o caritativo, o qual via as pessoas com deficiência como vítimas, a serem vistas com pena e necessitadas de caridade, pois considerava a deficiência como algo que invalidava as pessoas (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 130). Depois surgiu o modelo médico, o qual considerava a deficiência como uma doença, algo a ser curado, assim tinha a abordagem de reabilitar a pessoa, em busca da sua “normalização”, um preconceito velado, realmente.

E agora já se fala em um novo modelo, para além do social, o modelo baseado em direitos, um complemento daquele e que “permite às pessoas com deficiência o direito a oportunidades iguais e à participação na sociedade, dando um forte contributo para a inclusão e

⁵ “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”.

a participação ativa e autônoma das pessoas com deficiência” (SILVA; DOMINGOS, 2018, p. 131).

Assim, apesar da CDPD trazer o modelo social de deficiência, podemos considera-la como um início do modelo baseado em direitos, pois garante diversos direitos humanos às pessoas com deficiência, ela não cria novos direitos, apenas reforça a necessidade de respeito a direitos já existentes, como acessibilidade, saúde, educação, participação política, capacidade legal, integridade fisiopsíquica, nacionalidade, inclusão na comunidade, liberdade de expressão e opinião, privacidade, proteção da família, entre outros.

Entretanto para que tais sejam efetivados, faz-se essencial que o Estado garanta acesso a tratamento, tecnologias assistivas, serviços de reabilitação, tudo voltado para o pleno empoderamento e inclusão, por meio de políticas públicas que respeitem a dignidade da pessoa humana (SOARES, 2019, p. 21). Este pensamento parece coerente com a busca da efetivação da Convenção e das legislações de proteção à pessoa com deficiência.

Ademais, a CDPD destaca a extrema importância das pessoas com deficiência, principalmente daquelas com deficiência intelectual, possuírem sua capacidade legal, realizarem suas próprias escolhas e terem suas opiniões aceitas e decisões respeitadas. Deste modo, o Brasil como país signatário, comprometeu-se 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” (Artigo 4, item 1, CDPD), significando a adoção e cumprimento de diversas medidas, assim, como, o reconhecimento dessas perante a lei e de sua “capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (Artigo 12, itens 1 e 2, CDPD).

Assim, por determinação da Convenção, todos devem ser considerados capazes, suas decisões precisam ser ouvidas e respeitadas, “Afim, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos” (MENEZES, 2015, p. 6). Em relação ao artigo 12, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual é o órgão responsável pelo monitoramento, fiscalização e implementação da Convenção no âmbito internacional, publicou Observação Geral n.º 1 afirmando que há necessidade de reconhecer a capacidade jurídica de todas as pessoas com deficiência.

Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as agent with the power to engage in transaction and create, modify or end legal relationship⁶ (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 3)

Ademais, a Convenção não busca simplesmente considerar as pessoas com deficiência intelectual como plenamente capazes e lhes deixar desprotegidas, objetiva-se o fim dos modelos de substituição de vontade, como o caso da incapacidade absoluta e da interdição total, no ordenamento jurídico brasileiro, em que o interdito não poderia opinar ou exercer seus direitos existenciais.

A CDPD, então, apresenta o modelo de apoio da vontade, que deve levar em consideração as particularidades e diversidades da cada caso, para que não seja injusto e arbitrário em relação às pessoas que não de ser auxiliadas, por isso traz, no Artigo 12, item 4, que os Estados devem garantir salvaguardas quanto ao exercício da capacidade e as medidas relativas a estas devem respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência.

Portanto, para que a pessoa com deficiência possa usufruir de modo pleno de sua capacidade, Almeida (2016, p. 180) argumenta que é possível extrair cinco princípios a partir da previsão do artigo 12, item 4, o primeiro deles é o *princípio do protagonismo do interditando*, significando que este deve fazer parte e ter voz em seu próprio processo de curatela, sendo exatamente o contrário do que vinha ocorrendo, com o curatelado se limitando a responder perguntas padronizadas do magistrado, que não levavam em consideração a sua real vontade e situação.

O segundo princípio é o *do melhor interesse do interditando*, ou seja, na ação de curatela deve-se proteger os interesses do curatelado e não de terceiros. O terceiro princípio é o *da proporcionalidade*, o qual importa em que as restrições impostas pela curatela sejam só as extremamente necessárias. Por fim, os dois últimos princípios são o *da temporalidade* e o *do acompanhamento periódico*, os quais estão conectados e significam

⁶ Tradução livre: “Capacidade legal inclui a capacidade de ser tanto um detentor de direitos como de atuar conforme a lei. Capacidade de ser um detentor de direitos garante à pessoa proteção total de seus direitos pelo sistema legal. Capacidade de atuar conforme a lei reconhece a pessoa como um agente com poder de realizar transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.

que de tempos em tempos deve haver reavaliações para verificar se os limites da curatela, determinados originalmente, necessitam ser revistos.

Há também outros oito princípios gerais que se apresentam explícitos na Convenção, presentes no artigo 3^o, os quais devem ser seguidos e defendem a ideia de as pessoas com deficiência terem uma plena capacidade de fato, principalmente aquele que determina “O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, incluindo a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”. Deste modo, na Convenção há o que pode ser chamado de “princípio do movimento da vida independente” (BOTELHO, 2011, p. 763).

Portanto, com base em tais conhecimentos e das disposições que se apresentam na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que se pode analisar se determinada lei infraconstitucional é materialmente inconstitucional em relação à CDPD.

3 CRÍTICAS E QUESTÕES QUE ENSEJARAM A CRIAÇÃO DO PROJETO DE LEI N.º 757/2015

A seguir, discutir-se-á as críticas que surgiram no ordenamento brasileiro quanto à teoria das incapacidades e o instituto assistencial da curatela, além de problemas legislativos quanto a este último, os quais foram os motivos que levaram à criação do PL n.º. 757/2015.

3.1 As alterações realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão

Para iniciar a presente análise, deve-se, primeiramente, compreender as alterações que ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro quanto ao sistema de direitos das pessoas com deficiência em decorrência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, tem-se que em razão de tradição legal brasileira necessitar a criação de leis para que ocorra a aplicação de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, foi criada a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência,

⁷ “Artigo 3º. 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.”

Lei n.º 13.146/2015, de modo a assegurar às pessoas com deficiência o exercício de seus direitos e de suas liberdades fundamentais em condições de igualdade com as demais pessoas, visando sua inclusão social.

Portanto, a LBI foi criada para fazer cumprir os objetivos da CDPD, suas determinações se alinham as desta, como pode ser observada pela conceituação de pessoa com deficiência que traz em seu art. 2º, “aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições as demais pessoas”. De tal maneira, a LBI reafirma o princípio da dignidade humana, impondo a proteção e o respeito aos direitos das pessoas com deficiência como um dever do Estado, da sociedade e da família, de modo a garantir a sua emancipação e autodeterminação.

Tratando especificamente do objetivo do presente artigo, tem-se que é determinada, de modo geral, a capacidade de todas as pessoas com deficiência e a garantia de salvaguardas pelo Estado, quando necessárias. Por este motivo que coube à Lei Brasileira de Inclusão regular de forma completa esta nova garantia de capacidade às pessoas com deficiência e como se daria os institutos assistenciais a partir dos novos princípios trazidos pela CDPD.

Em seu art. 84, *caput*, a LBI determina que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igual condições com as demais pessoas”. Ademais, de modo a garantir que não haverá qualquer restrição ao direito existencial, principal preocupação quando se trata do instituto da capacidade, o art. 6º, do mesmo dispositivo, dispõe que a deficiência não afeta a capacidade civil para casar e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e ter acesso ao planejamento familiar e informações quanto a este; conservar a fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção.

Todavia, a LBI também precisou alterar algumas disposições do Código Civil (CC) para adequá-las a essa nova realidade quanto à teoria das incapacidades trazidas pela CDPD. Assim, em seu art. 114, traz todas as alterações a serem feitas no CC, a primeira, e principal, refere-se aos artigos 3º e 4º deste último dispositivo, que trazem aqueles que devem ser declarados como absoluta e relativamente incapazes, respectivamente.

De ambos os artigos foi retirada qualquer menção às pessoas com deficiência intelectual, mantendo como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, e os relativamente incapazes agora são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade; e os pródigos. Deste modo, o critério para aferição da incapacidade das pessoas com deficiência passa a ser a impossibilidade de expressarem sua vontade, não mais a mera presença de deficiência intelectual ou mental.

Apesar de tais alterações estarem de acordo com a CDPD, há juristas que as criticam, pois elas impactam diversos campos do direito, assim, há aqueles que afirmam que tais disposições deixam as pessoas com deficiência intelectual desprotegidas, argumentando que a LBI “reveste-se de um tom solidarista que em nada garante efetivos direitos às pessoas com deficiência” (BORGARELLI, 2018).

Outros, todavia, defendem as alterações realizadas pela LBI, pois representam um grande avanço, quando anteriormente a declaração de incapacidade absoluta era a regra geral e as pessoas com deficiência intelectual tinham o exercício de seus direitos existenciais completamente restringidos, suas opiniões e vontades não eram ouvidas, em resumo, sua dignidade não era respeitada.

Deste modo, esta lei traz ao ordenamento brasileiro o modelo de apoio na tomada de decisão, em contrapartida ao modelo substituição da vontade antes existente (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 568), mostrando que as pessoas, pelo antigo modelo, tinham a sua autodeterminação, nos âmbitos patrimonial e existencial, prejudicada, “perdiam a condição de sujeito para configurarem meros objetos de proteção” (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 584).

Portanto, houve uma revolução na teoria das incapacidades, que objetivou a plena inclusão da pessoa com deficiência e o respeito à sua dignidade humana, deste modo tem-se que o sistema atualmente passa a ser regido pela dignidade-liberdade, substituindo a dignidade-vulnerabilidade (TARTUCE, 2016, p. 84), de modo que tais pessoas não são mais vistas como vulneráveis.

Assim, entre outras alterações que a Lei Brasileira de Inclusão realizou no Código Civil, tem-se a revogação do inciso I, do art. 1.548, o qual trazia que era considerado nulo o matrimônio do “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”, o que é em

total respeito à garantia do exercício dos direitos existenciais determinada pelo art. 6º da LBI. No mesmo sentido, adicionou-se ao art. 1.550 (o qual trata das situações de anulabilidade do casamento) o §2º, o qual dispõe que “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente por meio de seu responsável ou curador”.

Com as alterações em relação à teoria das incapacidades, não pôde faltar aquelas quanto aos institutos assistenciais. Anteriormente à LBI, tinha-se que a interdição podia se dar de modo total ou parcial (neste último caso chamada de curatela), a depender da declaração de incapacidade, se absoluta ou relativa, respectivamente. Tal procedimento tornou-se há tempos algo insensível, mecânico e genérico, não era realizada “a análise pormenorizada das vicissitudes circundantes à história de vida e às preferências de cada pessoa. Observa-se apenas deficiência enquanto uma patologia e não o sujeito de carne” (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 585).

A LBI, então, com a perspectiva de apoio, reformou tal instituto, renomeando-o como “curatela” ou “processo que define os termos da curatela”. Esta passou a ter caráter protetivo extraordinário, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, durando o menor tempo possível, deste modo, passou a ocorrer somente para os atos de natureza patrimonial e negocial, não atingindo direitos existenciais, conforme os arts. 84 e 85 da LBI.

Ademais, a LBI foi clara em trazer que a determinação da curatela não afeta de qualquer modo a capacidade da pessoa com deficiência, é apenas um apoio a ela. Assim, tem-se o completo oposto de como o instituto assistencial se dava anteriormente, de modo contrário ao princípio da dignidade humana, pois retirava a capacidade civil da pessoa e até mesmo a expropriava de sua cidadania (DIAS, 2017, p. 708).

Quanto às mudanças realizadas pela Lei Brasileira de Inclusão em relação ao instituto da curatela/interdição no Código Civil, tem-se que, entre estas, adicionou, no art. 1.768, a possibilidade de a própria pessoa requerer sua curatela, o que se passou a chamar de autocuratela; ampliou os casos em que o Ministério Público (MP) possui legitimidade para propor a ação de curatela; tornou obrigatória a análise de equipe multidisciplinar e sua consideração pelo magistrado ao determinar os termos da curatela e trouxe maior protagonismo para o curatelado.

Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão criou um novo instituto assistencial, a Tomada de Decisão Apoiada (TDA), a qual se encontra

positivada no art. 1.783-A do Código Civil e é um modelo jurídico protetivo para as pessoas com qualquer forma de deficiência, seguindo a tendência da CDPD de se criar um completo sistema de apoio, em que se busca retirar do ordenamento o antigo modelo de substituição de vontade (MENEZES, 2016, p. 35).

A TDA não é um instituto obrigatório, mas, sim, uma faculdade da pessoa, e tem como foco as questões existenciais em que a pessoa com deficiência demonstre algum tipo de limitação na execução, como nos negócios, na expressão de suas ideias e vontades, e até mesmo em relação à sua mobilidade e dificuldade de se locomover entre locais, principalmente em razão das barreiras urbanísticas e arquitetônicas ainda existentes em grande escala e que impedem a plena acessibilidade. O objetivo, assim, não é restringir, mesmo que parcial, a prática de qualquer ato pela pessoa, mas garantir que ela tenha o auxílio para realizar qualquer ação que deseja, mas que pelas diversas barreiras impostas pela sociedade não consegue realizar sozinha.

Passando-se a tratar do procedimento, previsto no art. 1.783-A e seus parágrafos do Código Civil, tem-se que a pessoa com deficiência é a única legitimada a realizar o requerimento por meio de petição escrita, apresentando este em juízo por meio de advogado ou defensor público, e no qual deve constar a nomeação, de maneira expressa, de dois apoiadores, os quais devem ser pessoas idôneas e de confiança daquele que está buscando o apoio, além de trazer os limites que deseja que a tomada de decisão apoiada tenha, com os atos tendo que estar delimitados neste pedido inicial.

A existência do instituto da tomada de decisão apoiada privilegia o espaço de escolha da pessoa com deficiência “que pode construir em torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para lhe auxiliar nos atos da vida” (REQUIÃO, 2016, p. 46), não há o cerceamento da autonomia, mas, sim, sua promoção. Este instituto diferenciando-se da curatela por ser mais flexível, em que tudo pode ser definido pela própria pessoa com deficiência, ser uma rede de apoio mais ampla e ter como alvo pessoas que apresentam condições de expressar sua vontade e aptidão para tomar suas decisões em todos os âmbitos.

3.2 A antinomia entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015

Entretanto, algumas das alterações e determinações da Lei Brasileira de Inclusão passaram a ter sua validade questionada com o

advento do Código de Processo Civil de 2015, que mesmo sendo publicado antes da LBI acabou por entrar em vigor após esta. Ocorre que o legislador buscou juntar todas as disposições referentes ao instituto da curatela no dispositivo processual, contudo acabou por trazer determinações contrárias àquelas da LBI e até mesmo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência, assim, por falta de atenção legislativa, surgiu uma antinomia, um conflito entre normas, que necessita de solução para que as relações que envolvam a incapacidade e a curatela não sejam rodeadas de insegurança jurídica.

Entre os elementos que se encontram em conflito, tem-se que o primeiro é o uso do termo “interdição”, pois a LBI o excluiu de seu texto e buscou fazer o mesmo no Código Civil, em razão dele ser tido como contrário aos preceitos dignificantes presentes no Estatuto, pois estigmatiza e prolonga a ideia de incapacidade, carregando um “espectro de repressão” (ALMEIDA, 2016, p. 176), em realidade só se utiliza deste termo em dois dispositivos do CC, provavelmente, em razão de falta de atenção pelo legislador.

Deste modo, substituiu tal termo pela expressão “o processo que define os termos da curatela”, rompendo com a premissa de vulnerabilidade incapacitante que sempre esteve vinculada à pessoa com deficiência. Todavia o CPC traz em seu texto de modo constante o termo “interdição”, o que confunde e dificulta as nomenclaturas utilizadas pelos doutrinadores quando forem tratar deste tipo de ação, além de que, conforme traz Rosendal (2018, p. 120), a modificação de *interdição* para *curatela* não é somente em razão de ser o politicamente correto, ela demonstra alteração de uma legislação punitiva e excludente do indivíduo incapaz para uma ordem comprometida com a inserção social da pessoa com deficiência.

Outro ponto, sendo um dos mais importantes, é o fato de a Lei Brasileira de Inclusão, em seu art. 85, delimitar que a curatela só irá ocorrer em relação aos atos de caráter patrimonial e negocial, não atingindo os direitos individuais e de caráter existencial, como visto. Enquanto o CPC não apresenta tal restrição, aparentando que ela não existe, aliás, ao trazer a possibilidade de a curatela ser apenas parcial, leva ao entendimento que essa possa ser total.

A restrição da curatela, de modo que não atinja os direitos existenciais, decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação e da isonomia, além dos princípios da

inclusão social e da cidadania, presentes tanto no Estatuto como na CDPD (SILVESTRE; GUSELLA; NEVES, 2017, p. 38).

O terceiro elemento em desarmonia é a possibilidade da autocuratela, qual foi criada pela LBI, ao adicionar o inciso IV ao art. 1.768 do Código Civil, mas que não encontra instituto compatível no CPC, que também traz uma lista de legitimados a propor a ação de interdição, em seu art. 747. A autocuratela é um modo da pessoa garantir sua proteção no caso de, por algum motivo se tornar incapaz, deste modo ela tem uma participação mais ativa na determinação de seu curador, garantindo que suas escolhas sejam respeitadas.

O Código de Processo Civil diz que o juiz na avaliação pode escolher utilizar de equipe multidisciplinar, ou seja, é uma faculdade, com base na conveniência e oportunidade constatadas pelo juízo, enquanto a LBI, ao alterar o art. 1.711 do Código Civil, determina a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar na avaliação. Tem-se que a participação de tal equipe é de extrema importância, principalmente no auxílio que fornecerá ao juiz para que este determine os limites da curatela, pois não é apenas a deficiência que interfere nas potencialidades e habilidades da pessoa, mas também o seu sistema de apoio e suas condições socioeconômicas.

Tal questão possui importância principalmente pelo fato de a CDPD ter abandonado o modelo médico pelo modelo social, como já analisado em tópico anterior, assim, pela deficiência deixar de ser analisada apenas pelo ponto de vista médico, é necessária uma análise biopsicossocial que considere todas as questões que cercam a pessoa e suas potencialidades.

Outro ponto em desarmonia envolve as situações em que o Ministério Público apresenta legitimidade para propor a ação requerendo a curatela, pois de acordo com o CPC este órgão só está legitimado a promover a ação de interdição nos casos de doença grave se os outros legitimados não a promoverem ou forem incapazes, ou seja, somente de modo subsidiário e extraordinário, enquanto que de acordo com as alterações realizadas pela LBI no Código Civil, o *parquet* é legitimado a promover o processo que define os termos da curatela nos casos de doença mental grave; de deficiência mental ou intelectual; se as outras pessoas legitimadas não existirem ou não promoverem; ou se estas forem incapazes.

Assim, a LBI confere “legitimidade irrestrita para a deflagração da ação de interdição sempre que o membro do Ministério Público se deparar com hipótese de tutela de direitos de pessoa com deficiência mental ou intelectual” (ALMEIDA, 2016, p. 186), não apenas no caso de

doença grave ou inanição ou impossibilidade dos demais legitimidades. A determinação da LBI ao mesmo tempo que confere maiores poderes ao MP também lhe dá maior possibilidade de atuar na proteção dos direitos da pessoa com deficiência intelectual.

Por fim, o último elemento sobre o qual se apresenta divergência é o protagonismo do curatelando, em que a LBI, na maioria de suas determinações e alterações realizadas, preza por uma maior presença da própria pessoa em seu processo de curatela, com a sua opinião e vontades sendo ouvidas e, sempre que possível, acolhidas.

O princípio do protagonismo da pessoa com deficiência já havia sido trazido pelo Enunciado n. 138 da III Jornada de Direito Civil, “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”, entretanto não se faz presente no Código de Processo Civil atual, o que pode prejudicar o princípio da vida independente, também, trazido pelo Estatuto, que em todos os momentos busca prezar pela a possibilidade de autodeterminação pela pessoa com deficiência.

Assim, tem-se diversas questões que são levantadas quando verificada a presença da antinomia e dúvidas quanto à segurança jurídica das pessoas a serem submetidas à curatela. Por estes motivos que é essencial uma solução concreta para essa antinomia, ou seja, que haja alterações em ambas as leis, não apenas para resolver as divergências, mas, também, para garantir o respeito à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Para finalizar a discussão do presente tópico, antes de passar a tratar do Projeto de Lei, realiza-se curto comentário sobre a tomada de decisão apoiada, que não é um ponto de divergência, mas em razão das críticas feitas quanto à falta da sua presença no Código de Processo Civil, pois é considerada uma ação de jurisdição voluntária, assim, seria algo a ser repensado quando de uma alteração legislativa.

4 A ANÁLISE DO PL N.º 757/2015 FRENTE À CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Diversas críticas envolvem as alterações da Lei Brasileira de Inclusão realizadas no regime da capacidade de exercício e no instituto da curatela, uma das principais se refere à garantia de plena capacidade,

ou apenas incapacidade relativa, às pessoas com deficiência intelectual, principalmente aquelas com alto grau e que em razão disso não conseguem exprimir sua vontade, pois, conforme Borgarelli e Kumpel (2015), o sistema de incapacidades foi criado pelo Direito com o objetivo de proteger as pessoas que “não conseguem agir na sociedade com discernimento e de forma totalmente livre”, assim, para eles, a LBI acabou por retirar essa proteção.

Não se retira o fundamento dessas críticas, até porque se mostra irreal garantir uma curatela parcial, de assistência, para aqueles que não conseguem exprimir sua vontade, isso beira à desproteção, além de não ser realmente prático. Portanto, defende-se que não se pode continuar como anteriormente, em que era regra geral a pessoa com deficiência intelectual ser considerada incapaz, mas as alterações devem ocorrer de modo que haja uma gradação de proteção e que tal seja respeitada, para que as pessoas com deficiência intelectual sejam protegidas, mas não restringidas.

Ademais, a realização de alterações legislativas também é necessária, como já observado, para se resolver a antinomia que acabou por surgir entre a Lei Brasileira de Inclusão e o Código de Processo Civil de 2015, pois esta gera grande insegurança jurídica, afinal está se falando de institutos jurídicos referentes ao estado da pessoa. Com base nesses motivos e discussões é que foi criado o Projeto de Lei do Senado n.º 757/2015, quando a LBI não tinha ainda entrado em vigor, pois se percebeu alguns problemas que esta trazia.

O PL ainda se encontra passando pelos trâmites de aprovação e já passou por duas alterações de texto desde a apresentação do seu texto original em 2015. A primeira alteração ocorreu em junho de 2016 após o texto inicial passar pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. A segunda e última alteração – por enquanto – foi realizada em junho de 2018 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A justificativa trazida para o PL, o qual foi apresentado pelos Senadores Paulo Paim (PT-RS) e Antonio Carlos Valadares (PSB-SE), é a de que com ele se pretende ratificar gravíssima falha que “causará enormes prejuízos às pessoas que, por qualquer causa, tenham discernimento reduzido ou não tenham plena capacidade de manifestar a própria vontade” (BRASIL, 2015, p. 5). Ainda, em seu art. 1º, conforme a última alteração realizada, traz que a finalidade da Lei é alinhar dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil com a Convenção Internacional

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no que diz respeito à plena capacidade civil e aos apoios e salvaguardas para o exercício desta.

O texto inicial trazia alterações não só aos dispositivos do CC e do CPC, mas, também, aos da Lei Brasileira de Inclusão, todavia, isto se alterou nas duas emendas seguintes, em que permaneceram as disposições da LBI, primeiramente por ela já ter sido publicada quando das emendas e por sua base ser diretamente a CDPD.

A justificativa trazida pelas alterações realizadas na primeira emenda são de ordem formal, pois o texto inicial buscava revogar artigos da LBI que revogavam ou alteravam certos artigos do CC, todavia isso seria “incorrer em falha de técnica legislativa que colide com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) no §3º do seu art. 2º.” (BRASIL, 2016, p. 7).

A segunda emenda, que é como o texto se encontra até o presente, principalmente pelo fato de que a última movimentação no trâmite do PL ocorreu em novembro de 2018, traz mais concordância com as alterações da LBI do que as versões anteriores, compreende que “as alterações promovidas pelo EPD [Estatuto da Pessoa com Deficiência] não decorreram de simples opção legislativa, mas da imprescindibilidade do estrito cumprimento do disposto na CIPD. Esta, por sua vez, além de determinar a observância, no plano interno, das suas normas, em face do seu caráter de norma constitucional, obriga o Brasil perante a comunidade internacional, uma vez que foi ratificada, sem ressalvas, pelo país.” (BRASIL, 2018, p. 8)

Por este motivo, o PL não altera os arts. 3º e 4º do Código Civil, aqueles a serem declarados como incapazes, absoluta ou relativamente, foram mantidos conforme as alterações realizadas pela LBI. Entre as alterações que realizou, tem-se a garantia de proteção para as pessoas curateladas e sob a tomada de decisão apoiada em relação à anulabilidade de negócios jurídicos e prazo de decadência estendido. Tais pontos eram grande objeto de dúvidas e críticas, pois não se sabia se por não serem mais consideradas incapazes as pessoas com deficiência intelectual continuariam ou não protegidas nesses aspectos, que antes eram lhes garantidos com a declaração de incapacidade.

Neste ponto o PL não confronta em nada a determinação da CDPD de capacidade jurídica da pessoa com deficiência, essas proteções garantidas se encontram entre as salvaguardas que devem ser garantidas pelo Estado, como traz a Convenção em seu artigo 12. Ademais, uma das grandes alterações propostas por este PL se refere à tomada de decisão apoiada.

Propõe que a tomada de decisão apoiada possa ser requerida apenas pelas pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, que conseguem exprimir a sua vontade por qualquer meio. Assim, o PL tenta trazer a gradação, que foi mencionada anteriormente, quanto aos apoios a serem garantidos às pessoas com deficiência para o exercício da sua incapacidade.

Para o PL, então, a curatela passa a ser um instituto para os casos mais graves de deficiência intelectual, quando a pessoa não puder exprimir sua vontade e é declarada como relativamente incapaz e o curador terá poder de representação para os atos a serem praticados por ele, que devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa, com a limitação da curatela sendo em relação aos atos de caráter patrimonial e negocial. Enquanto a TDA será por meio de pedido judicial da própria pessoa que deverá eleger pelo menos dois apoiadores, com os limites a serem acordados pela pessoa, mas quando não praticados com os apoiadores são anuláveis, pois será obrigatória a contra-assinatura pelos apoiadores.

O ponto que se questiona sobre a constitucionalidade do PL é a determinação de que o curador representará a pessoa curatelada, pois tal representação tendia a ocorrer, na maioria dos casos, quando da declaração de incapacidade absoluta e decretação de interdição total. Todavia não é o que isso significa no presente caso, o PL manteve as determinações da LBI que a curatela deve ser apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, por isso já se pode retirar deste fato que não há uma interdição total.

Ademais, o que se pretende com essa determinação é a garantia de proteção daqueles que não conseguem exprimir sua vontade, o critério de incapacidade não é mais a existência de deficiência, como ocorria anteriormente à LBI, o critério passou a ser a possibilidade de expressão da vontade, deste modo, a determinação de representação pelo curador não é uma restrição à pessoa com deficiência, pois atinge a todos com ou sem deficiência, desde que não consigam expressar sua vontade. Portanto, não é inconstitucional, pois a CDPD objetiva o fim das restrições à capacidade das pessoas simplesmente por elas possuírem uma deficiência, não importando o grau, e aqui se foca na expressão da vontade, a deficiência pode ser algo que leva a essa impossibilidade, assim, como, um estado de coma.

Quanto às alterações na tomada de decisão apoiada, novamente, entende-se a necessidade de realizar uma gradação quanto aos institutos assistenciais, pois enquanto a curatela leva à representação da pessoa em relação aos atos patrimoniais, é essencial que haja um instituto de

assistência, pois há aqueles com deficiência intelectual que conseguem expressar sua vontade, mas apresentam dificuldade em tomar decisões ou compreender a melhor entre as possíveis escolhas.

Tal alteração não representa inconstitucionalidade também, pois não é contrária às normas da CDPD, a tomada de decisão apoiada nestes moldes não leva a uma declaração de incapacidade e é de acordo com os princípios da Convenção, pois ocorre conforme as vontades da pessoa, que escolhe a TDA e os seus apoiadores, além de já determinar de antemão os atos que necessita de auxílio. Em verdade, essas alterações propostas pelo PL fazem com que ela se aproxime ainda mais do instituto da *amministrazione di sostegno*, que ocorre na Itália.

A *amministrazione di sostegno* ainda é considerada como uma instituição recente italiana, teve origem na Lei n. 6/2004, antes mesmo da ratificação pela Itália da CDPD e, ainda assim, mostra-se compatível a esta. Tal administração de apoio foi criada como uma solução menos restritiva de direitos em comparação com a *interdizione* (interdição) e *inabilitazione* (incapacitação), sendo, deste modo, um instituto que busca restringir o mínimo possível da capacidade de agir da pessoa que não tem, no todo ou em parte, autonomia no desempenho de suas ações (Artigo 1, Lei n. 6/2004). É um sistema de apoio que objetiva sempre o respeito aos desejos e projetos de vida da pessoa administrada (LAROBIANA, 2013, p. 110).

De forma geral e selecionando as mais importantes, essas são as alterações relativas aos questionamentos e críticas quanto à desproteção da pessoa em relação ao novo sistema de incapacidades no ordenamento brasileiro. Agora, passa-se a analisar as alterações relativas à resolução da antinomia. O PL busca adicionar ao CPC determinações quanto à tomada de decisão apoiada, atendendo às críticas quanto à falta deste instituto no dispositivo processual; ademais, adiciona entre o rol dos legitimados a propor a ação de curatela a própria pessoa, permitindo a autocuratela.

O PL também reforça a obrigatoriedade, trazida pela LBI, quanto a realização de avaliação biopsicossocial por equipe multidisciplinar no processo de curatela e de tomada de decisão apoiada, e quanto ao protagonismo da pessoa em situação de vulnerabilidade, propondo que o juiz deva realizar a entrevista pessoal daquela, não importa a situação, tendo que ouvi-lo no local onde estiver se não puder se deslocar e utilizar de recursos variados para permitir a comunicação.

Por fim, quanto à questão da legitimidade do MP para propor a ação de curatela, o PL acabou por limitá-la, pois traz que só promoverá o

pedido de curatela mediante representação de pessoa interessada, enquanto conforme as disposições atuais, o *parquet* não precisa de tal representação, mas os casos que ele é legitimado a propor permanecem os mesmos que trazidos pela LBI, mais amplos do que aqueles que se encontram atualmente no CPC. Quanto à questão do uso do termo “interdição”, o PL em suas disposições busca garantir apenas o uso de “curatela”, comprovando que segue as disposições da LBI e seu espírito e da CDPD.

De tal maneira, o Projeto de Lei n.º 757/2015, do modo que se encontra atualmente, não incorre, em momento algum, em disposição inconstitucional, ele busca manter as determinações e objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão. Todavia, caso haja mais mudanças no texto, o PL deverá passar por nova análise e caso seja verificada disposição inconstitucional quando da sua publicação deverá passar pelo controle de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho foi possível observar que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência se encontra no ordenamento jurídico brasileiro não apenas no bloco de constitucionalidade, mas como Texto Constitucional, em razão do §3º, do art. 5º, da CF/88, o qual foi adicionado pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Assim, pela CDPD ter sido aprovada após tal emenda com o quórum qualificado previsto, ela passa a ter força normativa de emenda constitucional.

Apesar das divergências de entendimentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais, principalmente os de direitos humanos, neste caso não se resta dúvidas, a CDPD possui hierarquia constitucional, deste modo, todas as leis infraconstitucionais devem estar em conformidade com as suas disposições. Para os objetivos do presente trabalho, analisou-se, em específico, as determinações referentes à garantia de capacidade jurídica das pessoas com deficiência, que se resume ao artigo 12 e seus itens.

A CDPD é clara em sua determinação de que as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica plena, inclusive a de exercício, e que cabe aos Estados signatários garantir o exercício desta em igualdade de condições com as demais pessoas, além de salvaguardas e apoios necessários para tanto, que sejam de acordo com as vontades e desejos da pessoa com deficiência.

Assim, seguindo a tradição jurídica brasileira, criou-se uma lei, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei n.º 13.146/2015), com o objetivo de adequar o ordenamento brasileiro às disposições da Convenção acima referida.

Detalmodo, a LBI realizou diversas alterações, a principal foi retirar as pessoas com deficiência intelectual ou mental dos *róis* de incapacidade, permanecendo apenas como relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, além de reformar o instituto da curatela, que passou a ser apenas para os atos de caráter patrimonial e negocial, de forma excepcional e proporcional, com a necessidade de presença multidisciplinar durante o processo.

Todavia a LBI e suas alterações foram muito criticadas, havendo juristas que defendem que, na verdade, estas levaram a uma desproteção da pessoa com deficiência em diversas áreas do direito civil, como a questão da nulidade dos atos, prazos de prescrição e decadência, entre outras. Ademais, problemas foram amplificados com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe determinações referentes à curatela contrárias às da LBI e das alterações que realizou no CC, causando a presença de uma antinomia, um conflito de normas.

Por tais motivos há a necessidade de alterações legislativas, tanto para repensar uma melhor forma de proteção às pessoas com deficiência intelectual, como para resolver a antinomia, que acaba por levar a uma grande insegurança jurídica. Neste contexto que foi proposto o Projeto de Lei n.º 757/2015, antes mesmo da LBI entrar em vigência, o seu texto inicial e até mesmo a sua primeira emenda trouxeram questionamentos sobre sua constitucionalidade, o que levou a ao presente trabalho realizar uma análise do seu texto atual, após uma segunda emenda.

A partir de tal estudo, com base nas disposições, princípios e objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi possível concluir pela constitucionalidade do texto atual do Projeto de Lei, o que realmente não se observava no texto inicial, que propunha o retorno das pessoas com deficiência intelectual ao rol dos incapazes. O PL no presente momento traz as mudanças que necessitam ser realizadas, de modo a dar fim na antinomia jurídica e para acalantar certos pontos que a LBI deixou defasados, para que se garanta a segurança jurídica das pessoas com deficiência, sem que se restrinja seus direitos e fira a sua dignidade.

Ademais, foi possível verificar a importância de se atentar para possíveis alterações no texto, que o retornem para uma situação de

inconstitucionalidade, é necessário que até o fim do processo de análise do PL e de sua aprovação o texto permaneça este, sem qualquer contrariedade aos direitos das pessoas com deficiência. Por fim, devemos nos atentar ao fato de que é mais fácil e prático alterar o texto de uma lei antes da sua publicação do que após – o que deveria ter ocorrido com a LBI e o CPC -, deve-se garantir celeridade e segurança jurídica, ou seja, é necessária análise de inconstitucionalidades em projetos de lei, discuti-las e encontrar o melhor modo para resolvê-las.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. C. C. **A interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 59, jan./mar. 2016, p. 175-189.

BORGARELL, B. A.; KÜMPEL, V. F. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Migalhas, ago. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em: 2 out. 2019.

BOTELHO, M. C. A pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Zênite: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Curitiba, v. 10, n. 116, mar. 2011, p. 758-768.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Texto Inicial. Brasília, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1593938041020&disposition=inline>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Emenda 1. Brasília, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**: Emenda 2. Brasília, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-1. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 17 fev. 2021.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment n° 1**. Geneva: 2014, p. 3.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FONSECA, E. R. B. O valor normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional 45/2004. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, a. 16, n. 23, 2012, p. 241-267. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/56>. Acesso em: 10 fev. 2021.

GALERANI, K. A. Art. 1º, parágrafo único. *In* MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

GONÇALVES, C. J. M. **O art. 1.072 do novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: revogação do inciso IV do art. 1.768 do Código Civil?** IBDFAM, 21 out. 2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1165/O+art.+1.072+do+novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+e+o+Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia%3A+reva%C3%A%A3o+do+inciso+IV+do+art.+1.768+do+C%C3%B3digo+Civil%3F+++>. Acesso em: 15 mai. 2018.

GUSSOLI, F. K. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n3/2359-5639-rinc-06-03-0703.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

LAROBINA, A. L'amministrazione di sostegno tra tutela e protezione: nuova forma di prevenzione della vittimizzazione? L'applicazione della L. 6/2004 attraverso una ricerca comparata. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**, v. 2, n. 3, set./dez., 2013.

MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 18, p. 215-235, 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

MAZZUOLI, V. O. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MELO, T. C. O controle de convencionalidade no direito brasileiro à luz dos tratados internacionais. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, v. 18, n. 28, 2014. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/view/87>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MENEZES, J. B. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Civilística**, ano 4, n. 1, 2015, p. 1-34. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 2 out. 2019.

MENEZES, J. B. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **RBDCivil**, v. 9, jul./set. 2016, p. 31-57. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53>. Acesso em: 2 out. 2019.

MENEZES, J. B.; TEIXEIRA, A. C. B. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 2, 2016, p. 568-599. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2016.v21n2p568>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5619>. Acesso em: 2 out. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, D. G.; BARBOSA, F. L. A. O. Os tratados internacionais sobre direitos humanos e seu papel complementar no ordenamento jurídico brasileiro: a ampliação do conceito de pessoa com deficiência adotada pela Convenção de Nova Iorque e sua prevalência sobre a lei brasileira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 19, n. 31, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/9/5>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PIOVESAN, F. Tratados internacionais dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2021.

REQUIÃO, M. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 6, jan./mar. 2016, p. 37-54. Disponível em: <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia5.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

ROSENVALD, N. A curatela como terceira margem do rio. **RBDCivil**, v. 16, 2018, p. 105-123. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233>. Acesso em: 2 out. 2019.

SILVA, H. D. C. L.; DOMINGOS, B. Não sou deficiente: sou uma pessoa com deficiência. Uma antologia dos direitos. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 21, n. 8, p. 126-140, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5206/4239>. Acesso em: 5 fev. 2021.

SILVESTRE, G. F.; GUSELLA, G. A.; NEVES, G. V. M. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017, p. 35-50.

SOARES, P. S. Apresentação 2. In MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

SOARES, P. S. Capítulo II Do Reconhecimento igual perante a lei. In MACHADO, Costa (cord.); ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; RIBEIRO, Luciana Esteves Zumstein (org.). **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. Barueri: Novo Século, 2019.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.