

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SUELEN FERNANDA CANGUÇU RODRIGUES

**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO
DOS BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA**

**CURITIBA
2016**

SUELEN FERNANDA CANGUÇU RODRIGUES

**CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO
DOS BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): Me. Eros Belin de Moura Cordeiro

**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

SUELEN FERNANDA CANGUÇU RODRIGUES

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO
DOS BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2016.

Dedico aos meus pais, Fidelis Canguçu e Lourdes,
e ao meu esposo Rafael Ferrarini.

Agradecimentos: Aos meus pais, Fidelis Canguçu e Lourdes, pelo incentivo que o passar do tempo não diminui; Ao meu esposo, Rafael Ferrarini, pelo apoio cotidiano, especialmente, nos dias de mais cansaço; Ao professor Eros Belin de Moura Cordeiro pelo aprimoramento das ideias e dos caminhos para realizá-las; e Aos colegas da Turma 5 de Prática pela alegria que me impulsionou até o final deste estimado curso de pós-graduação.

“Mais importante do que a evolução da criação é a evolução do criador”
Trecho do poema “Divisa”,
traduzido de Einladung zu Einer Begegnung por Jacob Levy Moreno.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA	12
2.1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS	14
2.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO	17
2.3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS LEIS NACIONAIS	20
3 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ...	25
3.1 O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO	28
3.2 OS DIREITOS AFIRMADOS PELA CONVENÇÃO	31
3.3 A QUEBRA DE PARADIGMA PELA CONVENÇÃO	37
4 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	42
(ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)	
4.1 COMO ERA A INCAPACIDADE E COMO FICOU	43
4.2 A NOVA CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA	48
4.3 ATROPELAMENTOS LEGISLATIVOS	51
5 REFLEXOS DA CONVENÇÃO E DO ESTATUTO NA ADMINISTRAÇÃO DA	54
PREVIDÊNCIA E DA ASSISTÊNCIA	
5.1 PRERROGATIVAS E SUJEIÇÕES DA AUTARQUIA QUE	57
OPERACIONALIZA A PREVIDÊNCIA E A ASSISTÊNCIA	
5.2 AVALIAÇÃO BIOPSISSOCIAL PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO	59
DE BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA	
5.3 EXIGÊNCIA DE CURATELA PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE	61
BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA	
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	70

RESUMO

Trata-se de estudo dos principais reflexos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência na administração dos benefícios do regime geral de previdência social e do benefício de prestação continuada da assistência social. Para melhor compreendê-los, parte-se do tratamento dado à pessoa com deficiência ao longo da história, passa-se pela quebra de paradigma pela Convenção e pela sua regulamentação pelo Estatuto, para somente após, apresentado esse contexto, tratar de algumas das mudanças que ambos impõem à concessão e à manutenção desses benefícios.

Palavras-chave: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Estatuto da Pessoa com Deficiência, administração pública, seguridade social.

1 INTRODUÇÃO

O Censo Demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, aponta que 23,9% da população residente no Brasil declara ter pelo menos uma das deficiências investigadas (18,8% visual; 5,1% auditiva; 7,0% motora; e 1,4% mental ou intelectual). Ou seja, praticamente um em cada quatro brasileiros é pessoa com deficiência.

Este argumento numérico, dessa gigantesca minoria, é tão expressivo que parece justificar qualquer estudo relacionado à pessoa com deficiência. Mas é a urgência do adequado tratamento social e estatal desse ¼ da população que atribui relevância à presente monografia.

Historicamente, como se abordará no capítulo 2, a pessoa com deficiência foi tida como ser subumano, segregada, marginalizada e até assassinada. Somente no pós Guerras iniciou-se o seu processo de inclusão na sociedade, primeiramente pelo avanço na redução das barreiras físicas e apenas recentemente pela redução das barreiras sociais.

Mesmo no plano internacional, até a década de 1970, os Tratados da Organização das Nações Unidas – ONU tratavam a deficiência somente do ponto de vista médico, voltando-se para o tratamento que pudesse reduzi-la. Somente na década de 1980, o discurso sobre a deficiência começou a mudar, voltando-se também para a mudança da própria sociedade.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o Estado Democrático de Direito, assegurou a proteção aos direitos humanos e elegeu a igualdade como o valor mais alto, afastando qualquer forma de discriminação, inclusive contra a pessoa com deficiência. De outro lado, previu políticas para a sua inclusão na sociedade, como a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos, a garantia de um salário mínimo mensal àquela que necessitar, o atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino e a eliminação de obstáculos arquitetônicos principalmente em logradouros e edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo.

Mas a legislação infraconstitucional, que deveria dar efetividade ao texto da Constituição, não obstante buscasse garantir esses e outros direitos à pessoa com deficiência, fundava-se na ideia de um defeito e da necessidade de tratamento para

adaptação à vida social. Vale dizer, a lei perpetuava o estereótipo da pessoa com deficiência como defeituosa, vulnerável e carecedora de proteção e de representação.

A virada, como se verá no capítulo 3, vem se dando desde 2007, a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, redigida com a participação de centenas de organizações de e para pessoas com deficiência e bem recebida pela maioria dos Estados integrantes da ONU.

O Brasil assinou esta Convenção na cerimônia de sua abertura, em 30 de março de 2007. Em 02 de outubro do mesmo ano o Poder Executivo a encaminhou ao Congresso. Votada, em dois turnos, primeiro na Câmara dos Deputados e depois no Senado Federal, ela alcançou em todos eles o quórum de mais de três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa, sendo o primeiro tratado de direitos humanos aprovado de forma equivalente às emendas constitucionais, conforme formalizado pelo Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008.

O instrumento de ratificação foi depositado na ONU em 01 de agosto de 2008 e, assim referida Convenção entrou em vigor para o Brasil no plano externo no dia 31 do mesmo mês. Por fim, em 26 de agosto de 2009 foi publicado o Decreto Presidencial nº 6.949/2009, quando formalmente a Convenção tornou-se executória para o Brasil no plano interno.

Em seu artigo 1, a Convenção apresenta um novo conceito para a expressão pessoas com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Assim, a Convenção reconhece que a pessoa com deficiência tem tido seus direitos negados em grande parte por conta da exclusão social que sofre por barreiras da própria sociedade de natureza física, comunicativa e atitudinal. E a partir daí, inaugura o tratamento humanista da pessoa com deficiência, visando à superação das barreiras externas, de modo a reabilitar não a pessoa, mas a sociedade, para que esta possa acolher todas as pessoas, administrando as suas diferenças e integrando a diversidade.

Disso decorrem todos os direitos e garantias expostos nos artigos seguintes da Convenção porque reside justamente aí a quebra do paradigma da visão médica da pessoa com deficiência para a visão social da pessoa com deficiência. Daí

resulta o deslocamento da pessoa com deficiência como objeto de proteção para a pessoa com deficiência como sujeito capaz de fato. Assegurando, desse modo, sua participação direta e ativa na sociedade e não mais por substituição da sua vontade, o que a excluía do convívio social e a tornava invisível.

Mas em que pese a Constituição determine a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, a Convenção foi praticamente ignorada pelo Estado por mais de seis anos. Somente em 06 de julho de 2015 o legislador mediu a aplicação da Convenção pela edição da Lei 13.146, que Instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Como se expõe no capítulo 4, nos campos dos direitos civil e processual civil uma das principais alterações pelo Estatuto se deu no regime das incapacidades e no procedimento da curatela, que antes, partindo do pressuposto de que todas as pessoas com deficiência eram parcial ou totalmente incapazes, se configuravam como barreiras legais, obstruindo a participação plena e efetiva delas na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Reafirmando que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, o Estatuto visa garantir a expressão da vontade, a condução dos interesses, enfim, o exercício da autonomia para todos os aspectos da vida – uma necessidade humana de modo que a restrição injustificada ao seu exercício fere a dignidade. Assim, a curatela passou a ser uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e com a menor duração de tempo possível; e ainda, limitada à prática de atos patrimoniais e negociais, preservando-se, na medida do possível, a capacidade para a condução das situações existenciais.

Essas mudanças no regime das incapacidades e no procedimento da curatela têm reflexos na previdência social e na assistência social, como se discorre no capítulo 5.

Lembra-se que a Administração Pública goza de prerrogativas, mas também sofre restrições, muitas delas expressas sob a forma de princípios, entre os quais se destaca os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios se estendem também às autarquias – pessoas jurídicas de direito público, criadas pela Administração Pública para a delegação de parte das suas competências. É o caso do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a quem se

delegou, primeiro, a operacionalização do Regime Geral de Previdência Social – RGPS e, mais tarde, a operacionalização do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Assim, em observância ao princípio da legalidade, desde a Convenção e, especialmente, após a edição do Estatuto, o INSS ao conceder e ao manter os benefícios do RGPS e da LOAS deve considerar o novo conceito dado à expressão pessoa com deficiência e a capacidade da pessoa com deficiência que dele decorre.

A começar pela avaliação da deficiência, que deverá ser biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. E deverá considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação. De modo que não é mais suficiente a perícia médica e a conclusão pela Classificação Estatística Internacional das Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - Décima Revisão – CID-10.

Em sequência, constatada a deficiência pelo INSS, este não pode exigir da pessoa termo de curatela, haja vista que, desde a Convenção e mais ainda após o Estatuto, a pessoa com deficiência, em regra, é capaz de fato, inclusive para receber valores, logo, os benefícios devem ser pagos diretamente para ela. Mesmo porque, sendo realmente o caso de deficiência que resulta em incapacidade de fato, é a família quem deve dizer ao INSS que ela é curatelada e não ao INSS dizer à família que deve proceder ao processo de curatela.

Vale dizer, o que se quer demonstrar, é que não pode o INSS simplesmente rotular a pessoa com deficiência como incapaz para os atos da vida civil e desse modo impedi-la até de receber e gerir os seus proventos. O momento, ao contrário, é de mitigação desta e de outras barreiras institucionais que apenas se prestavam ao agravamento das limitações naturais.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA

Em todo o tempo da vida humana, sempre existiram pessoas com deficiência, ou porque assim nasceram ou porque assim se tornaram. Essa afirmação inicial, que parece ser óbvia, é necessária para lembrar que tragicamente por séculos a existência delas foi ignorada em diversas sociedades¹.

Na Antiguidade, em determinadas culturas era considerado adequado matar o recém-nascido em razão da sua deficiência. Na Grécia, em Esparta, se a criança de família homoio nascesse com deficiência, deveria ser atirada, pelo Conselho de Espartanos, de um monte alto o suficiente para ela não sobreviver. Em Roma a Lei das XII Tábuas, na parte que versava sobre o pátrio poder, também autorizava os próprios pais de família nobre a assassinar o bebê com deficiência, embora eles ainda tivessem a opção de abandoná-lo às margens de um rio ou em algum local sagrado, onde eventualmente pudesse ser acolhido por uma família da plebe.

No Medievo, a deficiência era tratada como uma pena sobre a pessoa, que deveria viver segregada das demais. Assim, as pessoas com deficiência eram rejeitadas por suas famílias e ficavam reunidas em instituições com caráter de tratamento ou de acolhimento institucional, excluídas da sociedade.

Na modernidade, a Revolução Industrial com jornada de trabalho excessiva e em condições inadequadas e, muitas vezes, insalubres, aumentou o número de pessoas com deficiência, que, por não se ajustarem mais a engrenagem da alta produtividade, eram também marginalizadas. De outro lado, neste período também foram forjados meios para locomoção da pessoa com deficiência, tais como: cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis e etc².

Na contemporaneidade, na Alemanha, no início da II Guerra Mundial, Hitler assassinou as pessoas com deficiência por serem incompatíveis com seu conceito de raça superior. Consideradas uma ameaça à pureza genética ariana, as pessoas com deficiência física ou mental eram executadas pelo programa nazista *Aktion T4* ou Eutanásia. Os adultos eram mortos em câmaras de gás especialmente

¹ SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada** (A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje). São Paulo: CEDAS, 1987.

² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho protegido do portador de deficiência. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 7, 2015.

construídas para aquele fim e os bebês e as crianças pequenas eram mortos por envenenamento (com injeções de doses letais de drogas) ou por abandono.

Foi ao fim da II Guerra Mundial que se ampliou a sensibilização da sociedade para com as pessoas com deficiência, ante o grande aumento desse grupo em decorrência de ferimentos por armas de fogo (e, em médio prazo, de deformidades por armas químicas). Ao lado desse argumento quantitativo que não se pode afastar, nasceu o discurso da dignidade da pessoa humana, dos direitos do homem simplesmente pela sua condição humana, que surgiu após o extermínio nazista também dos judeus.

Neste novo quadro, alcançou-se importante progresso no tratamento médico, psicológico e funcional da pessoa com deficiência, incluindo-se aí aperfeiçoamentos em aparelhos protéticos e ortopédicos, melhoria na reabilitação para o trabalho e garantia de assistência financeira.

Todavia, não se afastou o estigma e o preconceito da sociedade em relação à pessoa com deficiência. Ramos observa que, mesmo quando é noticiada a marginalização da pessoa com deficiência, há ainda o senso comum de que tal marginalização é fruto da condição individual que gera necessidades especiais e não do contexto social que não as supre.

Por exemplo, no caso brasileiro, a inacessibilidade de alguns locais de votação no Brasil teve como resposta a edição de resolução do Tribunal Superior Eleitoral desonerando os eleitores com deficiência de votar (o que, aliás, contraria o dever de votar, previsto na CF/88), ao invés de exigir a modificação e acessibilidade total destes locais³.

Vale dizer, em que pese se tenha avançado, ainda que a pequenos passos, na redução das barreiras físicas, permaneceu-se no mesmo lugar quanto às barreiras sociais. Porque a visão da sociedade não foi tratada e não melhorou e, assim, ela continua não enxergando as pessoas com deficiência, que ficam aí invisíveis.

A afirmação dos direitos das pessoas com deficiência passa por fazer com que a sociedade as enxergue e veja, antes das suas deficiências, sua situação de desigualdade e de exclusão (que constitui verdadeira violação aos direitos humanos) a fim de facilitar a sua inclusão pela redução das barreiras colocadas pela própria sociedade.

³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

2.1 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

No pós II Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas, alimentada pela ideia já mencionada da dignidade da pessoa humana, proclama a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Seu artigo II, 1, que afasta de todo ser humano a distinção de qualquer espécie, omite a deficiência, em que pese, esta possa ser incluída na expressão final “ou qualquer outra condição”, a partir da abertura normativa fornecida no dispositivo, como bem lembra Souza⁴.

Artigo II 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Do mesmo modo, nenhuma convenção, pacto ou declaração de direitos humanos posteriores e que dispõem de cláusulas de igualdade e não discriminação traz no rol a deficiência⁵.

Na década de 1970, no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU (*United Nations – UN*), nascem a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais em 1971 e a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes em 1975. Nesta última, a deficiência é analisada somente do ponto de vista médico e colocada como um problema apenas da pessoa⁶.

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

Na década de 1980, o discurso sobre a deficiência começa a mudar e seguir em direção à perspectiva das barreiras sociais. Assim, o ano de 1982 é escolhido pela ONU como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, com o objetivo de

⁴ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 214 e 115.

⁵ *Ibidem*, p. 215.

⁶ *Idem*.

chamar a atenção para a prevenção de deficiências, a reabilitação da pessoa com deficiência e a igualdade de oportunidades entre todos. O lema é Participação plena e igualdade, chamando a atenção para o direito das pessoas com deficiência de viver de maneira completa. O principal resultado está na criação do Programa de Ação Mundial para Pessoas Deficientes, formulado em dezembro daquele ano.

No final da mesma década, em nível regional, a Organização dos Estados Americanos – OEA (*Organization of American States - OAS*), elabora em 1988 um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido também como Protocolo de San Salvador, que no artigo 18 trata da Proteção de deficientes:

Artigo 18

Proteção de deficientes

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a:

- a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais;*
- b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajuda-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes;*
- c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo;*
- d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.*

Ainda em 1989, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança faz, conforme Souza, a primeira referência específica e explícita de criança com deficiência em um tratado internacional de direitos humanos⁷.

Artigo 23

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

⁷ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 216.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no § 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

4. Os Estados Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

Em 1993, a ONU adota as Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, as quais demandam que os Estados assegurem que a educação de pessoas com deficiências seja parte integrante do sistema educacional.

Em 1999, a ONU adota a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção da Guatemala, que apresenta maior amplitude conceitual de deficiência.

Artigo I

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

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

Essa Convenção é ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 3.956, de 08 de outubro de 2001.

O problema é que os direitos previstos nos documentos acima citados carecem de coercibilidade jurídica, visto que são instrumentos meramente

declaratórios, isto é, *soft law*⁸. E desse modo se gera assimetria na proteção local, perpetuação de estereótipos, falta de políticas de apoio e, finalmente, exclusão⁹.

2.2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito e assegura a proteção aos direitos humanos, eis que os seus fundamentos convergem para isso.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A soberania, nas palavras de Ramos, “consiste no poder político independente na esfera internacional e, na esfera interna, no poder político titularizado pelo povo, redundando na soberania popular”¹⁰. A cidadania versa sobre o conjunto de direitos e obrigações de participação de cada pessoa do povo na formação da vontade do poder estatal. A dignidade da pessoa humana incide na qualidade intrínseca de todo ser humano, ou seja, na distinção que toda pessoa possui porque é inerente à sua condição humana, e em razão do que toda pessoa deve ser protegida contra todo tratamento degradante e toda discriminação odiosa, bem como deve ter assegurada as condições materiais mínimas de existência. A livre-iniciativa e o pluralismo político agregam valores aparentemente antagônicos: capital e trabalho, em uma sociedade diversificada e plural.

⁸ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 216.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 209.

¹⁰ *Ibidem*, p. 355.

A Constituição reafirma a proteção aos direitos humanos nos objetivos fundamentais da República.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ou seja, a Constituição determina que o Brasil guie as suas condutas para o fim de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, atacando a pobreza e promovendo o bem estar de cada pessoa, sem discriminação.

Segundo Fonseca, o ordenamento jurídico assim avança para a implementação da chamada igualdade real entre as pessoas, calcando um passo adiante em relação à chamada igualdade material, substancial, que se objetivava por meio dos direitos sociais¹¹.

Além disso, a Constituição determina que o Brasil reja-se, nas suas relações internacionais, também pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II). Nessa mesma linha, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, determina que o Brasil propugnasse pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos (artigo 7º).

E, através do caput do seu artigo 5º, a Constituição consagra o princípio da igualdade como o valor mais alto dos direitos humanos. Na sequência, por todo o texto, introduz um extenso e abrangente rol de direitos das mais diversas espécies, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além de prever várias garantias constitucionais. E isso ainda de forma não exaustiva, pois nos termos do § 2º, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ou seja, “de forma inédita na história constitucional brasileira, a abertura da Constituição aos direitos foi baseada também nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil”¹².

¹¹ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p. 245.

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

Ademais, os direitos e garantias individuais (aqui compreendidos todos os direitos indispensáveis a uma vida digna) estão incluídos nas cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, IV), como normas constitucionais cujo conteúdo não pode ser eliminado ou amesquinhado de nenhuma forma, mesmo por emendas constitucionais, por se tratarem de valores que simbolizam a própria essência do estado democrático brasileiro.

A Constituição, em sua redação original, também tratou especificamente da pessoa com deficiência em oito artigos (art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II e § 2º; art. 244).

Quanto à divisão de competências dos entes federativos, o artigo 23, II, inclui na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. E o artigo 24, XIV, insere na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”.

Em relação ao trabalho, o artigo 7º, XXXI, proíbe “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. E o artigo 37, VIII, dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

No tocante à previdência social, o artigo 40, § 4º, I e o artigo 201, § 1º (ambos com redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) ressalvam a deficiência como critério diferenciado permitido para a concessão de aposentadoria, no regime próprio e no regime geral, respectivamente.

No que concerne à assistência social, o artigo 203 elenca entre os seus objetivos “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (IV); e “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (V).

Quanto à educação, o artigo 208, III, dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante “a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Em relação à acessibilidade, o artigo 227, § 1º, II, trata da “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação” (conforme a redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). E o § 2º diz que “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”. Por fim, o artigo 244, diz que “a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º”.

Cabe aqui observar que a terminologia utilizada na Constituição, pessoa portadora de deficiência, era a considerada adequada à época em que foi promulgada. Hoje, considera-se que o termo portadora faz parecer possível deixar de ter a deficiência. Por isso a expressão atualmente adotada é a utilizada pela Organização das Nações Unidas, pessoa com deficiência (*person with disabilities*).

2.3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS LEIS NACIONAIS

Para dar eficácia aos dispositivos constitucionais, o legislador ordinário elaborou diversas leis com o fim de proteger a pessoa com deficiência. Mas para Fonseca, “a legislação brasileira é frágil, embora abundante e tida como uma das mais avançadas do mundo. Sua fragilidade evidencia-se pela ineficácia patenteada na inacessibilidade generalizada ainda em voga; no desconhecimento de seu conteúdo pelos operadores do direito e pelos próprios cidadãos com deficiência”¹³.

¹³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em < <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

Veja-se, a Lei 7.853/1989 teve a pretensão de estabelecer normas gerais que assegurassem o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social, conforme disposto no seu artigo 1º.

Trata-se de uma legislação de caráter genérico, no sentido de que estabelece medidas para diversas áreas: educação, saúde, formação profissional e trabalho, recursos humanos e edificações (artigo 2º). Também apresenta normas processuais como de legitimidade ativa em ações judiciais que versem sobre interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência e de eficácia da sentença (artigos 3º a 7º). Cria um novo tipo penal (artigo 8º). Impõe deveres à Administração Pública Federal e institui a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde (artigo 9º e seguintes). Mas não conceitua pessoa com deficiência.

O revogado Decreto 914/1993, que instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, considerou em seu artigo 3º, “pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

O Decreto 3.298/1999 que revogou o Decreto 914/1993 e regulamentou a Lei 7.853/1989, conceitua deficiência, em seu artigo 3º, com praticamente as mesmas palavras, “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Conceitua também deficiência permanente “aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos”; e incapacidade “uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida”. E, em seguida, categoriza a pessoa com deficiência, elencando cinco hipóteses para o seu enquadramento (física, auditiva, visual, mental e múltipla), em um rol taxativo:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;

b) de 41 a 55 db – surdez moderada;

c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;

d) de 71 a 90 db – surdez severa;

e) acima de 91 db – surdez profunda; e

f) anacusia;

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

a) comunicação;

b) cuidado pessoal;

c) habilidades sociais;

d) utilização da comunidade;

e) saúde e segurança;

f) habilidades acadêmicas;

g) lazer; e

h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

A Lei 10.098/2000, Lei da Acessibilidade, assim conceitua “pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo” (artigo 2º, III). Apesar de considerar a relação da pessoa com deficiência com o ambiente, esta legislação tem caráter específico, estabelecendo normas e critérios para a promoção da acessibilidade, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação (artigo 1º), dando eficácia aos artigos 227, § 2º e 244 da Constituição.

O Decreto 5.296/2004 que regulamenta a referida Lei 10.098/2000 e também a Lei 10.048/2000 (Lei do Atendimento Prioritário), na mesma linha do Decreto 3.298/1999, assim conceitua e classifica, no artigo 5º, §1º:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- 1. comunicação;*
- 2. cuidado pessoal;*
- 3. habilidades sociais;*
- 4. utilização dos recursos da comunidade;*
- 5. saúde e segurança;*
- 6. habilidades acadêmicas;*
- 7. lazer; e*
- 8. trabalho;*

e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências;

A Lei 10.690/2003 mencionada no dispositivo colacionado é a legislação que altera a Lei 8.989/1995 – a qual trata da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados na aquisição de automóveis por pessoa com deficiência – para considerar pessoa com deficiência física “aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções” (artigo 1º, § 1º) e com deficiência visual “aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações” (artigo 1º, § 2º).

Observa-se que essas leis e seus decretos regulamentadores, a exceção da Lei da Acessibilidade – ainda que algumas busquem garantir direitos à pessoa com deficiência, reconhecendo as suas dificuldades para integração à sociedade e desenvolvendo estratégias para minimizá-las – abordam a deficiência como um defeito da pessoa, que necessita de tratamento e, quiçá, pode alcançar a cura. Nessa toada, é somente a pessoa com deficiência que precisa se adaptar à vida social. Isso desvia a atenção das práticas sociais que agravam os problemas das pessoas com deficiência, pela invisibilidade e pela perpetuação do estereótipo de destinatária da caridade pública¹⁴. E assim se continua negando à pessoa com deficiência a titularidade de direitos humanos, que deveria ser a todos igualmente assegurada, conforme a Constituição e os tratados de que o Brasil faz parte.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 210.

3 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Até 2007, como exposto no capítulo anterior, no plano internacional, vários tratados versaram sobre os direitos da pessoa com deficiência. Contudo, esses diplomas eram não vinculantes, compunham a chamada *soft law*.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência inovou ao prever um sistema de relatórios que devem ser enviados periodicamente ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ademais, seu Protocolo Facultativo atribui ao Comitê o poder de receber e considerar comunicações de violação das disposições da Convenção. E para alcançar essa certa coerção, ela percorreu um belo trajeto.

Em 2001, durante a Segunda Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, em Durban, na África do Sul, o Estado do México propôs a redação de um instrumento internacional de direitos humanos específico sobre pessoas com deficiência. No mesmo ano, na 56ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, o Estado do México reiterou a proposta. Lá, então, a Resolução nº 56/168 da ONU foi aprovada por consenso, estabelecendo o Comitê *ad hoc* sobre uma Convenção de Proteção Ampla e Integral dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência¹⁵.

No ano seguinte, o referido Comitê realizou sua primeira sessão entre 29 de julho e 09 de agosto, com a participação de 80 Estados-membros e de diversas organizações não governamentais representativas de pessoas com deficiência, de âmbito internacional, regional e nacional¹⁶.

Em 2003, houve consultas regionais: em Quito, no Equador, para os países da América; em Bruxelas, na Bélgica, para os países da Europa; em Johannesburgo, na África do Sul, para os países da África; em Bangkok, na Tailândia, para os países da Ásia e da Oceania; e em Beirute, no Líbano, para os países do Oriente Médio. Muitas organizações não governamentais, reunidas em

¹⁵ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 216 e 217.

¹⁶ *Ibidem*, p. 217.

uma rede internacional denominada *International Disability Caucus* – IDC, também participaram do processo de elaboração do tratado¹⁷.

Em 2005, o presidente do Comitê, o embaixador neozelandês Don MacKay, apresentou um documento sintetizando as principais propostas e as justificando. A este esboço se incorporou a ideia de um mecanismo de monitoramento da implantação da Convenção, por meio do detalhamento de como os direitos previstos nela deveriam ser postos em prática¹⁸.

Em 13 de dezembro de 2006, após o total de oito sessões até o Comitê alcançar um consenso sobre a redação final, a denominada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD (*Convention on the Rights of Persons with Disabilities* - CRPD) foi adotada pela ONU. E em 30 de março de 2007, a Organização realizou a cerimônia de assinatura do tratado em sua sede em Nova Iorque, para entrar em vigor em 03 de maio de 2008. Naquela data já houve 82 assinaturas e uma ratificação da Convenção e 44 assinaturas do Protocolo Facultativo. Segundo a ONU, este é o maior número de assinaturas de uma Convenção no seu dia de abertura¹⁹.

Ainda, a Convenção foi o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e aprovado na história das Nações Unidas, em apenas quatro anos, de 2002 a 2006. Mas essa agilidade não impediu a grande participação popular na elaboração do documento, em nível igualmente inédito. Conforme Souza, “foram centenas de organizações de e para pessoas com deficiência envolvidas no processo e algumas milhares de pessoas com deficiência diretamente engajadas nos debates e proposições”²⁰.

E essa participação das organizações não foi apenas com o *status* de observadoras nas reuniões oficiais do Comitê *ad hoc*, mas por intervenções em plenário e por escrito, com propostas de discussões e de textos. O que foi bem recebido pelas delegações presentes, acostumadas à negociação somente entre

¹⁷ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 218.

¹⁸ Idem.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

²⁰ SOUZA, Op. Cit., p. 223.

diplomatas e/ou embaixadores detentores de poderes plenipotenciários para atuar representando seus Estados.

De acordo com Souza, “os esforços da sociedade civil se congregavam em torno do lema ‘Nada para nós, sem nós’, uma premissa de empoderamento, inclusão e participação direta nos processos que impactam as pessoas com deficiência”²¹. De acordo com Souza, este fato aporta elementos de legitimidade até então desconhecidos à dinâmica diplomática conservadora da ONU.

Aliás, nesta orientação, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é também a primeira convenção sobre direitos humanos a ser aberta à assinatura de organizações de integração regional. Até agosto de 2016, ela havia recebido 166 ratificações e 160 assinaturas e o seu Protocolo Facultativo havia recebido 89 ratificações e 92 assinaturas, sendo que o número de assinaturas inclui as de Estados e as das referidas organizações de integração regional²².

Fonseca destaca que a Convenção insere-se num processo de construção do conjunto dos direitos humanos, que começou com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966, e depois se voltou aos grupos vulneráveis, alcançando, finalmente, as pessoas com deficiência.

*Observa-se, destarte, conforme exposto no próprio preâmbulo da última Convenção Internacional que a atenção aos grupos vulneráveis visa dar eficácia aos direitos humanos de forma a fazê-los unos, indivisíveis e interdependentes, de vez que as liberdades individuais e os direitos sociais fazem parte de uma sistematização monolítica e reciprocamente alimentada*²³.

Esse tratamento especial conferido aos grupos vulneráveis faz-se necessário, segundo Fonseca, para que os direitos universais de natureza individual e social encontrem instrumentos jurídicos hábeis a torná-los eficazes, realmente, para todos.

²¹ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 224.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

²³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Disponível em: < http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

3.1 O PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, há três fases para o Estado celebrar um tratado internacional e assumir obrigações no plano externo. A primeira fase é a da assinatura do instrumento pelo Presidente da República; a segunda fase é a da aprovação do documento pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo; e a terceira fase é a da ratificação pelo depósito do instrumento na organização internacional novamente pelo Presidente da República. Há também uma quarta fase de incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro pela sua promulgação por meio de Decreto Presidencial, mas esta é para garantir sua aplicação no plano interno.

O Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na data da cerimônia de abertura pela ONU, em 30 de março de 2007, em conjunto com os demais Estados presentes, no entanto, somente depositou o instrumento de ratificação em 01 de agosto de 2008. Tal lapso de tempo se deveu em parte à inexistência de prazo na Constituição para o Poder Executivo encaminhar o tratado assinado ao Congresso Nacional e em parte porque houve intenso debate sobre a submissão da Convenção ao rito do § 3º, do artigo 5º da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Antes da edição dessa Emenda se debatia a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente em virtude do disposto no artigo 5º, § 2º, do texto constitucional, conforme o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

De acordo com um resumo feito por Ramos, havia quatro posições de maior repercussão: natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; natureza constitucional, em razão do § 2º (defendida pelo movimento de direitos humanos com forte apoio doutrinário); natureza equiparada à lei ordinária federal, como todos os demais tratados incorporados (majoritária no Supremo Tribunal

Federal – STF, de 1988 a 2008); e natureza supralegal, acima da lei e inferior à Constituição (voto solitário do Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ) ²⁴.

Diante dessa divergência, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45/2004, chamada de emenda de reforma do judiciário, cujo artigo 1º trouxe várias modificações ao texto da Constituição, em especial, a introdução do § 3º no artigo 5º, dispondo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” ²⁵.

Se a abertura genérica do citado § 2º do artigo 5º da Constituição possibilitava, segundo o movimento de direitos humanos e parte da doutrina, que os tratados de direitos humanos integrassem formalmente o corpo constitucional, o § 3º assegurou a possibilidade de eles o integrarem também materialmente. Vale dizer, o novo dispositivo possibilita que normas internacionais integrem o ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional por emenda, ou seja, no topo da pirâmide hierárquica.

Mas os debates continuaram quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à emenda e mesmo quanto à obrigatoriedade do rito do §3º para os tratados de direitos humanos posteriores à emenda.

Para Ramos esse rito é facultativo porque não se pode exigir que todo e qualquer tratado de direitos humanos possua o quórum expressivo de 3/5 dos membros do Congresso, pois assim se dificultaria sua aprovação e se teria uma situação pior que a anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004. Mas a votação por esse rito pode ser sugerida pelo Presidente da República, em sua mensagem de encaminhamento do tratado, ou requerida pelo próprio Congresso; em qualquer caso, cabendo a este a decisão²⁶.

Isso importa a esta monografia porque a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi justamente o primeiro (e até o momento é o único)

²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 373.

²⁵ Atualmente, o Supremo Tribunal Federal entende que há um escalonamento nos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Aqueles sobre direitos humanos aprovados pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição equivalem a emendas constitucionais; os sobre direitos humanos aprovados pela regra anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004 tem natureza supralegal e infraconstitucional; os sobre outros assuntos equivalem à lei federal ordinária.

²⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Op. Cit.**

tratado de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional por este rito especial.

Em 02 de outubro de 2007 o Poder Executivo encaminhou a Convenção em língua portuguesa ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 711/2007, recebida primeiramente pela Presidência da Câmara dos Deputados para análise e votação.

Pouco antes, em setembro daquele ano, a sociedade civil brasileira já havia se organizado e lançado a campanha “Assino Inclusão” a fim de pressionar os parlamentares para a ratificação da Convenção pelo rito do § 3º do artigo 5º da Constituição. O Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência – CONADE e a antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE também participaram da mobilização parlamentar²⁷.

Entre os parlamentares não havia discordância sobre o mérito da ratificação, mas sim, quanto à adoção do rito do § 3º do artigo 5º da Constituição e, por consequência, à atribuição à Convenção do *status* equivalente ao de emenda constitucional.

Advogando pela ratificação do documento por este rito, Fonseca escreveu:

É imperiosa a ratificação da Convenção pelo Brasil com fulcro na Emenda 45/04 – parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal – porque, embora abrangente, a legislação brasileira carece de eficácia, seja em razão da ausência de sanções legais e concentração de direitos em Decretos Regulamentares, seja em decorrência do grande número de leis sem uma unidade sistemática e axiológica. Acrescente-se o aspecto da transversalidade das pessoas com deficiência em se considerando as questões sociais, de gênero, de raça ou qualquer outro fator de discriminação que se agrava visivelmente quando se trata de pessoa com deficiência²⁸.

Na primeira sessão, em 13 de maio de 2008, o tratado obteve 418 votos favoráveis, 11 abstenções e nenhum voto contrário. Na segunda sessão, em 28 de maio de 2008, a aprovação se repetiu com 356 votos favoráveis, seis abstenções e nenhum voto contrário (eram necessários 308). Após, com o *status* de proposta de emenda à Constituição – PEC, o texto seguiu para o Senado Federal, que o aprovou

²⁷ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 219.

²⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência**. Disponível em: < http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

no dia 02 de julho de 2008, em duas sessões realizadas em ato contínuo, com 56 votos favoráveis e nenhum contrário (eram necessários 49) ²⁹. A aprovação com o quórum especial nas duas casas do Congresso Nacional ficou formalizada pelo Decreto Legislativo n° 186 de 09 de julho de 2008.

Após, o instrumento de ratificação foi depositado na ONU em 01 de agosto de 2008 e entrou em vigor para o Brasil no plano externo no dia 31 do mesmo mês (trigésimo dia a partir da data em que o Estado depositou seu instrumento de ratificação, conforme previsto no artigo 45 da própria Convenção).

Por fim, quase um ano depois, em 25 de agosto de 2009, o Presidente da República promulgou o Decreto Presidencial n° 6.949/2009, que foi publicado no dia 26 do mesmo mês, quando formalmente tornou-se executório para o Brasil no plano interno.

3.2 OS DIREITOS AFIRMADOS PELA CONVENÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui 50 artigos. Eles não são divididos por títulos, capítulos ou seções, mas pela primeira vez um tratado de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas traz nomes para seus artigos, de modo a facilitar a sua acessibilidade³⁰. E por falar em facilidade de acesso, importa mencionar que a Câmara dos Deputados disponibiliza na Internet um vídeo contendo a Convenção em áudio, legendas e LIBRAS (<http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/acessibilidade/videos/video-convencao-sobre-direitos-da-pessoa-com-deficiencia>).

No preâmbulo da Convenção há 25 considerações dos Estados Partes trazendo as ideias e os ideais que nortearam a sua concepção, entre as quais se destaca a da alínea e, de que “a deficiência é um conceito em evolução e que (...) resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes

²⁹ SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213 a 234, 2013. Disponível em <http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>. Acesso em 02 de maio de 2016, p. 222.

³⁰ Ibidem, p. 219.

e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

No artigo 1, primeira parte, a Convenção adota 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”.

Na segunda parte apresenta um novo conceito para a expressão pessoas com deficiência: “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Reafirmando, tal qual consta do preâmbulo, a deficiência como um conceito social e não médico e que, portanto, também decorre do ambiente criado pela sociedade e das atitudes das demais pessoas que a compõem e não apenas do funcionamento de um membro ou de um sentido.

Essa nova visão reforça o reconhecimento da pessoa com deficiência como titular de direitos. O que já estava mencionado nas alíneas m e n do preâmbulo, as quais afirmam “(...) que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza” e “a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas”.

A garantia de que a pessoa com deficiência exerça plenamente os seus direitos é robustecida pelos princípios gerais listados no artigo 3, sobretudo pelo da alínea a, que é o princípio do “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”³¹.

Na sequência, no artigo 4, que trata das obrigações gerais, o ponto 1 já dispõe que “os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as

³¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 210 e 211.

peças com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência". Para tanto, os Estados Partes devem:

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

Em seguida, no artigo 5, a Convenção enfrenta a questão da igualdade e não discriminação, dispondo que os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas ao fim de promovê-las e que as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade não serão consideradas discriminatórias. Vale dizer, fica reconhecida a possibilidade de os Estados Partes adotarem ações afirmativas³², para o fim de fomentar mudança sociais. Sem se

³² Na opinião de Fonseca, ações afirmativas são "medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional". FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p. 184 e 185.

afastar do campo da igualdade, a Convenção trata das mulheres com deficiência (artigo 6) e do superior interesse das crianças com deficiência (artigo 7).

Então chega a um ponto nevrálgico, o da conscientização, o único capaz de evitar que a discriminação continue através de mecanismos informais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo.

Artigo 8

Conscientização

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

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

Mais a frente, no artigo 12, a Convenção aborda a capacidade legal da pessoa com deficiência:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

- 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.*
- 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.*
- 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.*
- 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.*
- 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.*

Seguindo a perspectiva da pessoa com deficiência como igual, a Convenção assegura o seu tratamento como *rights holder*. De modo que ela não possa mais ser encarada abstratamente como objeto de proteção do direito e deva agora ser vista como sujeito plenamente capaz de reivindicar esses direitos e tomar suas próprias decisões para a sua vida, restando alguma assistência jurídica especificamente para os casos em que a gravidade da deficiência dificulte o consentimento livre e esclarecido, mas ainda assim proporcional a ela e por tempo limitado.

Nesse sentido, Fonseca afirma que o mote da mera inclusão foi superado e que se está agora em face da concepção emancipatória da pessoa com deficiência³³.

A Convenção também trata de: Acessibilidade, Direito à vida, Situações de risco e emergências humanitárias, Acesso à justiça, Liberdade e segurança da pessoa, Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso, Proteção da integridade da pessoa, Liberdade de movimentação e nacionalidade, Vida independente e inclusão na comunidade, Mobilidade pessoal, Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação, Respeito à privacidade, Respeito pelo lar e pela família, Educação³⁴, Saúde, Habilitação e reabilitação, Trabalho e emprego, Padrão de vida e proteção social adequados, Participação na vida política e pública e Participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte.

Para a concretização de tudo isso a Convenção exige uma conduta ativa de todos os poderes dos Estados signatários. E para que seja efetivamente implantada, ela primeiro estabelece o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (artigo 34) e depois determina que cada Estado Parte submeta um relatório abrangente sobre as medidas adotadas em cumprimento de suas obrigações

³³ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em < <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

³⁴ Sobre Educação, não há como não destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), para questionar a constitucionalidade do artigo 28, § 1º, e do artigo 30, *caput*, do Estatuto. O plenário, seguindo o voto do relator Ministro Edson Fachin, julgou constitucionais as normas que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. O relator destacou que “O ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmudando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arremesso da ordem constitucional vigente”.

estabelecidas pela Convenção e sobre o progresso alcançado nesse aspecto, dentro do período de dois anos após a entrada em vigor da Convenção para o Estado Parte e outros relatórios subsequentes, ao menos a cada quatro anos, ou quando o Comitê o solicitar (artigo 35).

A Convenção também prevê que os Estados Partes se reúnam regularmente em Conferência a fim de considerar matérias relativas à implantação da Convenção, a cada dois anos ou conforme a decisão da própria Conferência (artigo 40).

O Brasil ainda ratificou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sob o mesmo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição, reconhecendo a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência “para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte” (artigo 1).

Recebida uma comunicação e antes de decidir o mérito, o Comitê poderá pedir ao Estado Parte que tome as medidas de natureza cautelar que forem necessárias para evitar possíveis danos irreparáveis à vítima ou às vítimas da violação alegada (artigo 4).

Em sessões fechadas, o Comitê examinará o mérito da comunicação e enviará suas sugestões e recomendações, se houver, ao Estado Parte e ao requerente (artigo 5).

Se receber informação confiável indicando que um Estado Parte está cometendo violação grave ou sistemática de direitos estabelecidos na Convenção, o Comitê o convidará para colaborar com a verificação da informação e, para tanto, a submeter suas observações a respeito da informação em pauta. O Comitê poderá designar um ou mais de seus membros para realizar investigação confidencial e com a cooperação do Estado Parte em todas as fases e depois apresentar, em caráter de urgência, relatório. Caso se justifique e o Estado Parte o consinta, a investigação poderá incluir uma visita ao território desse Estado. Após examinar os resultados da investigação, o Comitê os comunicará ao Estado Parte, acompanhados de eventuais comentários e recomendações. Dentro do período de seis meses após o recebimento dos resultados o Estado Parte submeterá suas observações ao Comitê (artigo 6).

O Comitê ainda poderá convidar o Estado Parte concernente a incluir em seu relatório pormenores a respeito das medidas tomadas em consequência da investigação realizada (artigo 7).

Diante de tudo isso, as palavras da ONU assim resumem os avanços da Convenção e seu Protocolo Facultativo:

A Convenção segue décadas de trabalho pela Organização das Nações Unidas para mudar atitudes e abordagens das pessoas com deficiência. Leva a uma nova altura o movimento de ver as pessoas com deficiência como "objetos" de caridade, tratamento médico e proteção social para ver as pessoas com deficiência como "sujeitos" com direitos, que são capazes de reivindicar esses direitos e tomar decisões para as suas vidas com base no seu consentimento livre e esclarecido, bem como ser membros ativos da sociedade.

A Convenção pretende ser um instrumento de direitos humanos, com uma dimensão de desenvolvimento explícito, social. Adota uma ampla categorização das pessoas com deficiência e reafirma que todas as pessoas com todos os tipos de deficiência devem desfrutar de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Esclarece e qualifica como todas as categorias de direitos se aplicam as pessoas com deficiência e identifica áreas onde adaptações têm de ser feitas para que as pessoas com deficiência possam exercer efetivamente os seus direitos e as áreas onde os seus direitos foram violados, e onde a proteção dos direitos deve ser reforçada³⁵.

Ou seja, o que se verifica após a leitura dos 50 artigos é que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representa a quebra do paradigma da visão médica da pessoa com deficiência para a sua visão social, a qual se reflete no deslocamento do papel de objeto de proteção para o de sujeito de direitos e capaz de fato que, assim, assegura sua participação direta e ativa na sociedade e não mais por substituição da sua vontade, o que a tornava invisível.

3.3 A QUEBRA DE PARADIGMA PELA CONVENÇÃO

O modelo médico (*medical model*) da abordagem da pessoa com deficiência vê a deficiência simplesmente como um problema do indivíduo, causado por doença ou trauma e que requer cuidados médicos para a sua cura ou adaptação. Sob esta

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

ótica, é somente a pessoa com deficiência quem deve ser curada ou de outro modo se adaptar à vida social. De forma que parece desnecessária a adoção de qualquer política pública de inclusão.

A atenção do Estado, então, volta-se ao desenvolvimento de estratégias para minimizar os efeitos da deficiência na vida cotidiana da pessoa. Os investimentos são em centros que seguem o modelo clássico de reabilitação, que focados na deficiência buscam reduzir a diferença em relação à pessoa considerada normal para a pessoa com deficiência ser mais facilmente aceita na sociedade.

Centralizado na pessoa com deficiência esse modelo espera que após seu tratamento de reabilitação ela esteja preparada para sua inserção na sociedade. Vale dizer, a sociedade fica de braços cruzados, mantém-se igual, enquanto a pessoa com deficiência se esforça para se modificar e se adaptar às suas exigências e parâmetros de normalidade³⁶.

Para Ramos, a adoção deste modelo gera falta de atenção às práticas sociais que justamente agravam as condições de vida das pessoas com deficiência, “gerando pobreza, invisibilidade e perpetuação dos estereótipos das pessoas com deficiência como destinatárias da caridade pública (e piedade compungida), negando-lhes a titularidade de direitos como seres humanos”³⁷.

O modelo médico leva a sociedade a acreditar que, sendo a deficiência um problema exclusivamente da pessoa, basta prover-lhe algum tipo de serviço médico. Desse modo propicia à sociedade fechar os olhos à necessidade de mudar suas estruturas e suas atitudes para incluir as pessoas com deficiência³⁸.

Ocorre que esse modelo, que entende a diferença como algo indesejável e busca por isso eliminá-la, mostrou-se pouco eficiente, pois muitas vezes a deficiência não pode ser eliminada e se quer mascarada mesmo pela mais avançada técnica ou aparatos de reabilitação. Portanto, muitas pessoas com deficiência nunca alcançariam desempenhos próximos ao considerado normal e por conta disso nunca estariam aptas para se integrar totalmente à sociedade³⁹.

Há uma quebra de paradigma quando se percebe que, ao contrário do proposto pelo modelo médico, a deficiência não se reduz à funcionalidade de um

³⁶ LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 31-53, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/29>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

³⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 613.

³⁸ LEITE, Op. Cit.

³⁹ Idem.

membro ou de um sentido que precisa ser restabelecida, mas se relaciona ao grau de dificuldade de integração que a pessoa encontra naquela sociedade em que vive. Na medida em que a sociedade remove as barreiras culturais, físicas e tecnológicas, a pessoa com deficiência têm assegurada a sua cidadania⁴⁰.

Em outras palavras, a deficiência não está centrada em si mesma, mas pode ser ampliada ou reduzida pelas dificuldades ou facilidades que a pessoa encontra na sociedade. Por exemplo, pelas guias para sua locomoção, pela adaptação do transporte público, pelo acesso aos serviços públicos, pela garantia ao emprego, pela gestão da vida financeira, pela liberdade de escolhas pessoais, dentre outros⁴¹. As dificuldades, as barreiras mantidas pela sociedade, fazem com que as pessoas com deficiência sejam excluídas, desprezadas, marginalizadas do convívio social. As facilidades, as pontes construídas, possibilitam que elas exerçam em igualdade de condições seus direitos e obrigações.

Em tese, se o ambiente não oferecer nenhuma barreira, a deficiência em si não irá reduzir a integração da pessoa. Quanto mais adaptado for o ambiente e quanto mais despidas de preconceitos forem as pessoas, menor será a limitação decorrente da deficiência⁴².

Transformando essa visão em uma equação matemática, a deficiência é igual à limitação funcional multiplicada pelo ambiente (deficiência = limitação funcional X ambiente).

Assim, se atribuirmos o valor zero ao ambiente por ser um local em que não oferece nenhum obstáculo ou barreira, e multiplicarmos por qualquer que seja o valor atribuído à limitação funcional do indivíduo, a deficiência terá como resultado zero. Esclarece ainda que, por esta teoria não estaríamos dizendo que a deficiência desaparecia, mas tão somente que ela deixaria de ser uma questão problema, e a recolocaria como uma questão resultante da diversidade. Todavia, se ao invés de zero o ambiente apresentasse obstáculos e tivesse um valor maior, o aumento desse impacto seria progressivo em relação à funcionalidade do indivíduo, sendo mais potencializada quanto mais severa for à limitação funcional da pessoa com deficiência e quanto mais barreiras apresentar o ambiente onde ela estiver inserida⁴³.

⁴⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 210.

⁴¹ LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 31-53, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/29>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

É nesta perspectiva que o modelo social (*social model*) ou modelo de direitos humanos vê a pessoa com deficiência: como ser humano. O dado médico da deficiência em si serve apenas para definir suas necessidades. Conforme Ramos,

A principal característica desse modelo é sua abordagem de “gozo dos direitos sem discriminação”. Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão⁴⁴.

Ou seja, esse modelo conduz à sociedade para a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas que assegurem a igualdade material à pessoa com deficiência, consolidando a responsabilidade do Estado na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos humanos. Essa visão foi incorporada pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, alterando o paradigma do modelo médico para o social.

Na visão apresentada por Fonseca, os impedimentos de caráter físico, mental, intelectual e sensorial são atributos, peculiaridades ou predicados pessoais, os quais, em interação com as diversas barreiras sociais, podem excluir as pessoas que os apresentam da participação na vida política, considerada em sentido amplo.

Se a deficiência é tida como algo inerente à diversidade humana, é possível afirmar, sem qualquer jogo de palavras, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas, tetraplégicas, etc., apresentam atributos, como já disse, que devem ser equiparados aos demais atributos humanos, como gênero, raça, idade, orientação sexual, origem, classe social, entre outros. Tais atributos, porém, não contêm qualquer deficiência. A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. Trocando em miúdos, quero dizer que a deficiência não está na pessoa, e sim na sociedade, que deve, como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se⁴⁵.

⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 210.

⁴⁵ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em < <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

Assim, para o autor, o que a Convenção busca é romper com a ideia de que a pessoa com deficiência foge dos padrões universais e por isto têm um problema que não diz respeito à coletividade.

Tendo o Brasil aderido à Convenção, selou o seu alinhamento ao modelo social. Razão pela qual tem o dever de promover e consolidar medidas legislativas, administrativas e judiciais para reduzir as barreiras e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, sem substituição, em igualdade e sem discriminação.

4 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA)

A Constituição da República Federativa do Brasil no §1º do artigo 5º determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Na interpretação de Ramos, essa aplicação imediata deve ser estendida aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais em que o Estado seja parte, como fruto lógico da aplicação deste §1º combinado com o §2º do mesmo artigo (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Nas palavras dele, “esses direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado”⁴⁶.

Nesta toada, tratando-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional com o *status* equivalente ao de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008 e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto Presidencial nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, publicado no dia seguinte, os direitos e garantias fundamentais nela previstos são de eficácia imediata, vale dizer, aplicam-se às relações privadas desde então, mesmo sem mediação legislativa.

Ocorre que, como observa Rosenvald, “nosso problema é cultural: enquanto não publicada a legislação ordinária, tratados internacionais de direitos humanos são solenemente ignorados, inclusive (pasmem!) aqueles que ostentem autoridade de Emenda Constitucional”⁴⁷. Assim, embora devessem estar sendo aplicados diretamente, os direitos e garantias fundamentais da Convenção foram praticamente ignorados por mais de seis anos, sendo lembrados apenas esporadicamente para a interpretação de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, suscetíveis de preenchimento de lacunas.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 382.

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. **Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: < <http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

Somente em 06 de julho de 2015 o legislador mediu a aplicação da Convenção pela edição da Lei 13.146, que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Sob essa ótica, o Estatuto não traz novidade, apenas dá a executividade que vinha sendo negada à Convenção.

Por outro lado, porém, o Estatuto avança mais um passo para a concretização dos deveres genéricos assumidos pelo Brasil com a ratificação da Convenção, detalhando os seus comandos. Nesse sentido explanou Fonseca, como integrante do grupo de trabalho organizado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República para o aprimoramento do projeto do Estatuto.

PI – Como será a relação deste instrumento com a Convenção?

Ricardo Tadeu – A ratificação constitucional da Convenção foi uma grande vitória do movimento das pessoas com deficiência. Essa vitória, no entanto, somente se completará quando se editar uma lei que contemple a nova ordem constitucional e garanta a sua plena eficácia com regras que levem seus efeitos ao dia-a-dia das pessoas e estabeleça, de forma sistemática, punição para o seu descumprimento. A legislação hoje existente está superada pelos ditames da Convenção e carece de sistematização e métodos de sanção.

PI – Após a Convenção ser ratificada pelo Brasil, em 2008, ainda se faz necessário um estatuto voltado para este segmento?

Ricardo Tadeu – Embora a Convenção seja auto aplicável, porque versa sobre direitos humanos fundamentais, sua plena eficácia somente se viabilizará com uma lei que transforme os princípios enunciados pelo tratado constitucional em regras de comportamento, cujo descumprimento implique consequências graves para o transgressor. Não as temos hoje e para que a Convenção se efetive, faz-se necessária a atuação do Ministério Público pedindo a punição ao Poder Judiciário. Os juízes, porém, desconhecem o conteúdo da Convenção e suas consequências, o que dificulta a concretude da nova ordem constitucional. Este instrumento resolverá esse impasse jurídico⁴⁸.

Como mencionou Fonseca, sob a própria ideia de um estatuto, esta Lei também busca sistematizar o tratamento dado à pessoa com deficiência pelo ordenamento jurídico, uniformizando pontos espalhados em diversos diplomas, inclusive com alteração do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Código Penal. Isso explica o cuidado do prazo de 180 dias desde sua publicação em 07 de

⁴⁸ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Entrevista. **Pauta Inclusiva**, Brasília, DF, n. 04, agosto de 2012, p. 03. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_50.pdf>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

julho de 2015 para sua entrada em vigor somente em 02 de janeiro de 2016, nos termos do seu artigo 127⁴⁹.

No campo dos direitos civil e processual civil a principal alteração se deu no regime das incapacidades e no procedimento da curatela, que antes, partindo do pressuposto de que todas as pessoas com deficiência eram parcial ou totalmente incapazes, se configuravam como barreiras legais, obstruindo a participação plena e efetiva delas na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

4.1 COMO ERA A INCAPACIDADE E COMO FICOU

Para a doutrina de direito civil dominante, toda pessoa é sujeito de direito e todo sujeito de direito é dotado de capacidade jurídica (ou capacidade de direito), que é a abstrata possibilidade de contrair direitos e deveres na vida civil. Mas a possibilidade de efetivamente exercer esses direitos e deveres na vida civil está na capacidade de fato (ou capacidade de exercício), que não é igual para todos os sujeitos de direito, ou seja, para todas as pessoas.

Conforme a pessoa, a capacidade de fato pode ser capacidade absoluta, incapacidade relativa ou incapacidade absoluta. Os relativamente incapazes devem ser assistidos em atos da vida civil; e aquele praticado sem a devida assistência será anulável. Os absolutamente incapazes devem ser representados em atos da vida civil; e aquele praticado sem a devida representação será nulo.

Os critérios que definem a incapacidade relativa ou absoluta estão legislados no Código Civil. A questão é mais simples quando a incapacidade decorre da idade, mas nos outros casos previstos na lei para pessoas com mais de 18 anos passa a ser mais complexa. A incapacidade neles é verificada por meio do processo de curatela, que é um procedimento de jurisdição voluntária, iniciado por pessoas legitimadas, com a participação do Ministério Público e a apresentação de provas periciais que estabelecem o grau de discernimento da pessoa a ser curatelada.

⁴⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David e COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais online**, vol. 962, p. 65-80, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/upload/noticia/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIENCIA%20-%20EPCD.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2016.

Comprovada a incapacidade da pessoa, o segundo passo é a decretação da curatela, em que outra pessoa assume o compromisso de, na qualidade de curadora daquela incapaz, assisti-la ou representá-la nos atos da vida civil, em nome da sua segurança, bem como da segurança de seus bens e patrimônio e dos terceiros.

O problema é que, no Brasil, desde as ordenações lusitanas, as pessoas com deficiência sempre tiveram sua capacidade de fato mitigada ou negada e, por consequência, sua autonomia, que é o substrato material da capacidade de fato, quase sempre desconsiderada.

O Código Civil de 1916 qualificava as pessoas com deficiência pejorativamente como “os loucos de todo o gênero”, as considerava absolutamente incapazes e impunha a elas a interdição e a curatela.

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

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 84. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos (art. 5); as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina (arts. 6, 154 e 427, n VII).

O Código Civil de 2002 atenuou a qualificação discriminatória das pessoas com deficiência e as classificou entre aquelas “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, como absolutamente incapazes; e aquelas “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, como relativamente incapazes.

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

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

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

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

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

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

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

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

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.

Conforme Rosenvald, o Código Civil de 2002 persistiu na homogeneização da pessoa com deficiência. Ele critica o diploma “que, em nome de uma suposta segurança jurídica, tencionou aprisionar a multiplicidade de quadros de desenvolvimento intelectual sob a dualidade ausência/redução de discernimento, em uma espécie de categorização *a priori* de pessoas em redutos de exclusão de direitos fundamentais”⁵⁰. Vale dizer, a regra, até então, era a incapacidade (total ou parcial) da pessoa com deficiência.

Mas, como exposto no capítulo anterior, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe, como uma das suas principais contribuições, o reconhecimento da capacidade da pessoa com deficiência e da sua autonomia (artigo 12). Assim, o Estatuto teve que se guiar pelo princípio do *in dubio pro capacitas* e, nesse aspecto, promoveu uma reviravolta no regime das incapacidades e até no procedimento da curatela que era pautado na substituição total de vontades, já que a Convenção advoga pela intervenção mínima mesmo quando julgada necessária⁵¹.

Para começar, o Estatuto dispôs: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. E depois alterou o caput do artigo 3º do Código Civil e revogou todos os seus incisos, passando a redação para: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Em suma, não existe mais, no direito civil, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de 16 anos de idade.

⁵⁰ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

⁵¹ MENEZES, Joyceane Bezerra. 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.com**. Rio de Janeiro/RJ, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 27 de abril de 2016, p. 05.

O artigo 4º também foi modificado de forma considerável. Suprimiu-se do seu inciso II “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. E substituiu-se no seu inciso III “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” por “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”. O texto anterior tinha incidência para a pessoa com síndrome de Down, que agora é considerada capaz de fato. O novo texto converte uma antiga situação de incapacidade absoluta em hipótese de incapacidade relativa.

Todas as pessoas com deficiência passam a ser, em regra, plenamente capazes para os atos da vida civil. A nova lógica é de que cabe a elas, como a qualquer pessoa maior, o controle da sua própria vida.

(...) Cabe à pessoa o controle de sua própria vida, ainda quando vier a se comportar de modo incompatível com esses interesses. (...) até certo ponto, a autonomia deve ser respeitada, independentemente da alegação de que é a pessoa quem sabe melhor o que é bom para si. Pode ser que ela decida contrariamente aquilo que sabe ser o melhor e ainda assim, esteja no uso da sua autonomia. A autonomia é centrada na integridade e não, necessariamente, no bem-estar. Também não exige das pessoas uma irretorquível coerência na condução de sua vida. É possível momentos de fraqueza àquelas pessoas consideradas mais equilibradas. Importa a autonomia, assegurar que o respeito à capacidade geral de agir possibilite a pessoa conduzir a sua existência do modo íntegro e autêntico possível, em conformidade com a percepção individual que tem sobre si e sobre o que entende importante para si no momento. (...) ⁵²

Para Menezes, a autonomia constitui uma necessidade humana e a restrição injustificada ao seu exercício fere a dignidade da pessoa humana, porque todos têm, em maior ou menor medida, capacidade de fato. “É certo que o discernimento é a baliza que orienta o exercício dessa capacidade, especialmente, quando as escolhas que se pode fazer trazem efeitos jurídicos para a esfera pessoal ou de terceiros. O foco, porém, está no discernimento necessário [para o ato] e não no diagnóstico médico de uma deficiência psíquica ou intelectual per se” ⁵³. Ou seja, se, a despeito de qualquer deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, a pessoa preservar o discernimento necessário à prática daquele ato civil específico, não poderá sofrer ali abalo na sua capacidade de fato.

⁵² MENEZES, Joyceane Bezerra. 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.com**. Rio de Janeiro/RJ, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 27 de abril de 2016, p. 14.

⁵³ *Ibidem*, p. 06 e 07.

4.2 A NOVA CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Nos termos do artigo 84 do Estatuto, “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela” (§ 1º). Mas “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” (§ 3º). Assim, o Estatuto considera a pessoa com deficiência capaz de fato, como regra; mas admite que essa capacidade seja relativizada, como exceção, quando a deficiência reduzir ou impedir sua formação de vontade ou sua expressão dela.

Portanto, o Estatuto admite em caráter excepcional a curatela, porém, sem associá-la à incapacidade absoluta. Disso parece à Tartuce que “o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social”⁵⁴.

O artigo 85 do Estatuto acrescenta que “A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (caput), de modo que “A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (§ 1º).

Ou seja, a nova curatela da pessoa com deficiência, tem natureza de medida protetiva de interesses pontuais dela. “Assim, não há que se falar mais de interdição, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos”⁵⁵, como explica Lôbo.

Nesse mesmo sentido Rosenvald afirma que interdição é uma palavra incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 01 de maio de 2016.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 03 de maio de 2016.

(...) Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico, que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo alter ego do curador. Ao contrário, a eficácia positiva da Dignidade da Pessoa Humana requer a potencialização da autonomia, para que cada indivíduo seja autor de sua própria biografia e desenvolva o seu modus vivendi⁵⁶.

Para Rosenvald o vocábulo interdição deve ser inclusive abolido.

A impossibilidade de autogoverno conduzirá à incapacidade relativa ao fim de um processo no qual será designado um curador para assistir a pessoa com deficiência de forma a preservar os seus interesses econômicos. Onde reside o giro linguístico? Não será interditada como clinicamente “portadora de uma deficiência ou enfermidade mental”, mas curatelada pelo fato de objetivamente não exprimir a sua vontade de forma ponderada (art. 1.767, I, CC, com a redação dada pela Lei 13.146/15). Essa conciliação é a saída possível (e desejável) para harmonizar a proteção à pessoa deficiente com o princípio da segurança jurídica. A pessoa deficiente curatelada não consumará isoladamente atos patrimoniais, pois a prática de negócios jurídicos exigirá a atuação substitutiva ou integrativa do curador, sob pena de anulabilidade (art. 171, I, CC) ⁵⁷.

Enquanto medida protetiva extrema e por isso extraordinária, a curatela não implica mais na interdição da pessoa com deficiência, mas na viabilização de um cuidado especial proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso. A prova dessa necessidade gera intenso ônus argumentativo a quem pretenda submeter uma pessoa com deficiência à curatela. E, ainda que essa necessidade seja provada, a incapacidade reconhecida sempre será relativa, e jamais seguida de interdição. A curatela decretada será limitada à prática de atos patrimoniais e negociais, preservando-se, na medida do possível, a capacidade para a condução das situações existenciais.

O Estatuto mesmo determina: deverá constar da sentença que submete à pessoa com deficiência à curatela “as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado” (artigo 85, § 2º). “Abolida a categoria dos

⁵⁶ ROSENVALD, Nelson. **O Fim da interdição** – A Biografia não Autorizada de uma Vida. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/13/o-fim-da-interdicao-a-biografia-nao-autorizada-de-uma-vida/>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

absolutamente incapazes, já não haverá mais espaço para o recurso a fórmulas genéricas e pronunciamentos judiciais estereotipados”⁵⁸.

Rosenvald antevê que comprovada a incapacidade relativa da pessoa com deficiência, “o projeto terapêutico individual se desdobrará em 3 possibilidades: a) o curador será um representante para todos os atos; b) o curador será um representante para alguns atos e assistente para outros; c) o curador será sempre um assistente”⁵⁹, conforme a possibilidade de compreensão da realidade e de expressão da vontade, preservando ao máximo a autonomia.

O Estatuto ainda criou a Tomada de Decisão Apoiada (artigo 84, § 2º), como uma forma de apoio à pessoa com deficiência que preserva a sua plena capacidade civil. A Convenção determinou em seu artigo 12 que os Estados Partes tomassem “medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”, mas não determinou quais. O Brasil optou por colocar, ao lado da curatela, essa medida, de adoção facultativa.

Para regulá-la, o Estatuto inseriu o artigo 1.783-A no Código Civil. O caput explica que “a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Ou seja, é uma salvaguarda legal para que aquela pessoa com deficiência em pleno gozo da capacidade fato, para tomar uma decisão importante em que a sua situação de hipossuficiência possa interferir negativamente, principalmente para contratar, negociar ou transigir com terceiros, seja, por sua opção, orientada e acompanhada por duas pessoas da sua confiança e que ela mesma escolher e que assumirem o compromisso formal perante a Justiça.

Menezes explana que “o apoio pode envolver o esclarecimento acerca dos fatores circundantes à decisão, incluindo a ponderação sobre os seus efeitos, além do auxílio na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Tudo para que a

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

⁵⁹ Idem.

pessoa possa decidir de acordo com as suas preferências, mas com a ciência de todos os efeitos de sua escolha, incluindo-se aqueles mais gravosos”⁶⁰.

4.3 ATROPELAMENTOS LEGISLATIVOS

O Estatuto – lembre-se: publicado em 07 de julho de 2015 e em vigor desde 02 de janeiro de 2016 – também alterou o Código Civil, adequando-o à Convenção, quanto ao testemunho da pessoa com deficiência (artigo 228), ao casamento da pessoa com deficiência (artigos 1.518, 1.548, 1.550 e 1.557), e, o que importa especialmente a esta monografia, ao procedimento para a curatela (artigos 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A, 1.776, 1.777 e 1.780).

Ocorre que o novo Código de Processo Civil, publicado em 17 de março de 2015 e que entrou em vigor depois de decorrido um ano (nos termos do seu artigo 1.045), em 18 de março de 2016, com a intenção de concentrar em si toda matéria de cunho processual civil, por seu artigo 1.072, II, revogou o procedimento da curatela dos artigos 1.768 a 1.773 do mesmo Código Civil. Agora, o procedimento para a curatela encontra-se regulado nos artigos 747 a 763 do Código de Processo Civil.

Dentre as novidades sobre o procedimento para a curatela trazidas pelo Estatuto ao Código Civil e que foram revogadas pelo novo Código de Processo Civil importa mencionar: a legitimidade ativa da própria pessoa (artigo 1.768, IV), a assistência do juiz por equipe multidisciplinar (artigo 1.771), a consideração das potencialidades da pessoa para a determinação dos limites da curatela pelo juiz (artigo 1.772, caput) e a consideração da vontade e da preferência do interditando na escolha do curador pelo juiz (artigo 1.772, parágrafo único).

Em relação a esta última, Tartuce espera “que uma nova norma surja, para que tal comando não perca eficácia, pois o texto do parágrafo único do diploma é

⁶⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra. 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.com**. Rio de Janeiro/RJ, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 27 de abril de 2016, p. 05.

salutar”⁶¹. Menezes ressalta que o parágrafo único do artigo 1.772 procurava “evitar a coisificação da pessoa curatelada que não pode ter a sua integridade fisiopsíquica comprometida pela atuação indevida do curador”⁶².

Mas da leitura dos artigos que tratam do procedimento para a curatela no Código de Processo Civil tem-se que, à exceção da legitimidade ativa da própria pessoa com deficiência para promover o processo para a curatela, tudo o mais se encontra de certa forma contemplado. Por exemplo, o artigo 753 dispõe que será produzida prova pericial por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar para a avaliação da capacidade da pessoa para praticar atos da vida civil e indicação especificadamente dos atos para os quais haverá necessidade de curatela, se for o caso. E o artigo 755 determina que o juiz, na sentença que decretar a curatela, fixe os limites da curatela segundo o estado e o desenvolvimento mental da pessoa, considerando as suas características pessoais e observando as suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências; e nomeie como curador quem melhor possa atender os interesses do curatelado.

Outras inovações do Estatuto no Código Civil escaparam dessa confusão de leis: a curatela compartilhada a mais de uma pessoa (artigo 1.775-A) e a tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A). “Pela primeira, a pessoa com deficiência poderá contar com mais de um curador, para incumbências específicas; pela segunda, a pessoa com deficiência poderá escolher pelo menos duas pessoas para apoiá-lo no exercício de sua capacidade”⁶³.

Ademais, no que concerne ao processo para a curatela, a interpretação e a aplicação do Código de Processo Civil deve ser conforme a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que se repise, tem *status* de emenda à Constituição.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104.MI224217.21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 01 de maio de 2016.

⁶² MENEZES, Joyceane Bezerra. 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.com**. Rio de Janeiro/RJ, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 27 de abril de 2016, p. 22.

⁶³ LÓBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 03 de maio de 2016.

Somente não se pode negar que o Código de Processo Civil deixou passar a oportunidade de afastar o vocábulo interdição, como pontua Rosenvald.

Ao compulsarmos a Seção IX, do Capítulo XV, do Título III do CPC/15 – Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária -, entre os artigos 747 e 758 contabilizamos a palavra “interdição” em 12 oportunidades, o vocábulo “interditando” em 9 passagens, e, finalmente, o termo “interdito” citado em 9 momentos. Ou seja, encontramos 30 oportunidades frustradas, nas quais o legislador deveria ter utilizado, respectivamente, as palavras “curatela”, “curatelando” e “curatelado”. Não se trata de censurar a perda de uma chance de um simples giro linguístico. Em verdade, o descaso terminológico perpetua a narrativa da medieval interdição como morte civil e túmulo da personalidade, postergando o inevitável porvir de uma mentalidade afinada com a funcionalização, flexibilização e personalização da curatela⁶⁴.

Talvez a alteração mais importante que se possa ter no Código de Processo Civil nessa matéria seja justamente essa virada linguística, que, após o rompimento da barreira legal da incapacidade presumida da pessoa com deficiência pelo Código Civil, poderá contribuir para o rompimento da barreira atitudinal do preconceito que acompanha o vocábulo interdição.

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson. **O Fim da interdição** – A Biografia não Autorizada de uma Vida. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/13/o-fim-da-interdicao-a-biografia-nao-autorizada-de-uma-vida/>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

5 REFLEXOS DA CONVENÇÃO E DO ESTATUTO NA ADMINISTRAÇÃO DA PREVIDÊNCIA E DA ASSISTÊNCIA

A título de introduzir a questão, lembra-se que a Administração Pública goza de prerrogativas que a colocam em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade; mas também sofre restrições que limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos seus atos. “O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo”⁶⁵.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios, entre os quais se destaca os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição.

O princípio da legalidade indica que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. “Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”⁶⁶.

O princípio da impessoalidade pode ser compreendido em dois sentidos. No primeiro sentido, significa que a Administração Pública não pode atuar com vistas a prejudicar ou a beneficiar pessoas determinadas porque sempre deve ter seu comportamento norteado pela finalidade pública. No segundo sentido, significa que os atos da Administração Pública são imputáveis às suas pessoas jurídicas ou aos seus órgãos e não ao agente público que os pratica, que apenas manifesta a vontade pública.

Já o princípio da moralidade trata do comportamento da Administração Pública ou do agente público que, “embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”⁶⁷.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 79.

O princípio da publicidade exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei, justamente para possibilitar o seu controle de legalidade, impessoalidade e moralidade.

Por fim, o princípio da eficiência apresenta dois aspectos. Pelo primeiro aspecto pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados. E pelo segundo aspecto pode ser considerado em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público⁶⁸.

Em verdade, todos esses princípios informam todo o Direito Administrativo e, assim, o que mais importa a esta monografia, informam a prestação do serviço público.

Serviço público, na conceituação de Di Pietro, é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁶⁹.

Para Meirelles é serviço público “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”⁷⁰.

E para Mello “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”⁷¹.

Como se pode entrever dessas três definições, o serviço público pode ser prestado diretamente pela Administração Pública ou por seus delegados. Uma das formas pelas quais a Administração Pública pode delegar o serviço público é a

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

⁶⁹ Ibidem, p. 107.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, P. 319.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 679.

descentralização. Pela descentralização a Administração Pública distribui parte das suas competências, inclusive de prestação de serviço público, para outra pessoa, física ou jurídica.

Di Pietro resume em cinco pontos o processo de descentralização:

- 1. reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado;*
- 2. existência de órgãos próprios, com capacidade de autoadministração exercida com certa independência em relação ao poder central;*
- 3. patrimônio próprio, necessário à consecução de seus fins;*
- 4. capacidade específica, ou seja, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido, o que implica sujeição ao princípio da especialidade, que impede o ente descentralizado de desviar-se dos fins que justificaram a sua criação;*
- 5. sujeição a controle ou tutela, exercido nos limites da lei, pelo ente ins-tituidor; esse controle tem que ser limitado pela lei precisamente para assegurar certa margem de independência ao ente descentralizado, sem o que não se justificaria a sua instituição⁷².*

A descentralização pode ser de duas modalidades: territorial ou geográfica; e por serviços, funcional ou técnica. A modalidade de descentralização por serviços, funcional ou técnica é justamente a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público, chamado: serviço público descentralizado ou serviço estatal descentralizado ou serviço público personalizado.

Essa criação de uma pessoa jurídica corresponde, basicamente, à autarquia (pessoa pública), mas também abrange fundações governamentais (pessoa pública ou privada), sociedades de economia mista e empresas públicas (pessoas privadas), além dos consórcios públicos que exerçam serviços públicos.

Por essa descentralização, o ente descentralizado passa a deter a titularidade do serviço. Em consequência, como destaca Di Pietro, “(...) ele desempenha o serviço com independência em relação à pessoa que lhe deu vida, podendo opor-se a interferências indevidas; estas somente são admissíveis nos limites expressamente estabelecidos em lei e têm por objetivo garantir que a entidade não se desvie dos fins para os quais foi instituída (...)”⁷³.

Por isso, a descentralização por serviços é aconselhada somente para atividades que, pelo elevado número e complexidade, não poderiam ser executadas

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 484.

⁷³ Idem.

com eficiência pelo ente descentralizador. “A descentralização, além de aliviar o órgão central de certo número de atividades, ainda traz o benefício da especialização; com a criação da entidade, formar-se-á (ou deveria formar-se) um corpo técnico, especializado na execução do serviço que lhe foi confiado” ⁷⁴.

5.1 PRERROGATIVAS E SUJEIÇÕES DA AUTARQUIA QUE OPERACIONALIZA A PREVIDÊNCIA E A ASSISTÊNCIA

Quando pela descentralização a Administração Pública delega parte das suas competências para outras pessoas públicas – as autarquias e as fundações de direito público – estas têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração Direta – como autoexecutoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, impenhorabilidade de seus bens, juízo privativo, imunidade tributária, sujeição aos princípios da legalidade, da impessoalidade (que obriga a realização de licitação para a contratação produtos e serviços e de concursos públicos para a contratação de pessoas), da moralidade, da publicidade e da eficiência.

O regime jurídico da autarquia difere muito pouco daquele estabelecido para a Administração Direta, somente por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito. Por conta disso, ela é pessoa pública administrativa, pois tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei.

Di Pietro aponta as características das autarquias:

1. *criação por lei;*
2. *personalidade jurídica pública;*
3. *capacidade de autoadministração;*
4. *especialização dos fins ou atividades;*
5. *sujeição a controle ou tutela*⁷⁵.

A criação por lei é exigência do artigo 37, XIX, da Constituição.

A personalidade jurídica faz da autarquia titular de direitos e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente descentralizador. E, sendo pública,

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 485.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 500.

a autarquia se submete ao regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios, sujeições.

A capacidade de autoadministração possibilita à autarquia executar com autonomia e independência as atividades administrativas para as quais recebeu competência. Para assegurar a autoadministração, o ideal seria que os dirigentes dessas entidades fossem eleitos por seus próprios membros. Não obstante, em regra, como observa Di Pietro, a escolha dos dirigentes fica por conta da Administração Pública direta; com isso a entidade acaba sendo dirigida pela própria pessoa jurídica que a criou precisamente para dar-lhe certa autonomia. “Torna-se, pois, imperfeita e, por vezes, inútil e onerosa a descentralização”⁷⁶, conclui.

A especialização dos fins ou atividades (princípio da especialidade) estabelece a capacidade da autarquia específica para a prestação de serviço determinado, o que a impede de exercer atividades diversas daquelas para as quais foi instituída.

E a sujeição a controle ou tutela serve para assegurar que a autarquia observe o princípio da especialidade e não se desvie de seus fins institucionais, sendo nisso fiscalizada pela Administração Pública direta.

Com esses dados, Di Pietro conceitua a autarquia como “a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo, exercido nos limites da lei”⁷⁷. Nesse ponto, vale frisar que o próprio desempenho do serviço público pela autarquia também se dá nos limites definidos pela lei.

As autarquias podem ser classificadas pelo tipo de atividade: econômicas, de crédito, industriais, profissionais ou corporativas, culturais e de ensino e, as que interessam a esta monografia, de previdência e assistência, como o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

O INSS foi criado em 27 de junho de 1990, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, para a prestação de serviço público descentralizado de operacionalização do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 484.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 501.

Mais tarde, nos termos do artigo 7º do Decreto 1.744/1995 e do artigo 3º do Decreto 6.214/2007, acumulou a operacionalização do Benefício de Prestação Continuada, previsto na Constituição, regulado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS e gerido e coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome – MDS.

A questão é que no RGPS há diversos benefícios cuja concessão ao segurado ou ao seu dependente está amarrada à avaliação da deficiência da pessoa (aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade da pessoa com deficiência e aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e pensão por morte no caso de filho, enteado ou irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave), do mesmo modo, o benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência da LOAS.

5.2 AVALIAÇÃO BIOPSIKOSSOCIAL PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIO DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência cuidou de alterar a redação da Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e da Lei 8.742/1.993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, adequando o conceito de deficiência à Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional com o *status* equivalente ao de emenda constitucional.

Todavia, o Estatuto deixou de adequar a Lei 8.213/1991 e também a Lei Complementar 142/2013, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência (do artigo 201, §1º, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005), quanto à avaliação biopsicossocial da deficiência realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, conforme prevê no seu artigo 2º, §1º.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Talvez, a não adequação das referidas leis neste tocante não se deva a um esquecimento do Estatuto e sim à sua coerência com o § 2º do mesmo artigo, o qual dispõe que “o Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência”. Ou seja, caberia ao INSS, como entidade da Administração Pública indireta, criar o seu instrumento para a avaliação biopsicossocial da deficiência e poder atender com eficiência a sua finalidade, o que ele ainda não fez, exceto para o benefício de prestação continuada, pois para este a Lei 8.742/1993 já prevê desde 2011, ao lado da avaliação médica, a avaliação social por assistentes sociais.

O fato é que nos laudos do INSS para concessão de benefício de previdência ainda se verifica as conclusões somente na Classificação Estatística Internacional das Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - Décima Revisão – CID-10 feita pelo médico perito. Sendo que, com a participação de profissionais de outras áreas, esta poderia ser complementada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF e resultar em uma visão realmente biopsicossocial da pessoa com deficiência.

Isso porque enquanto a CID-10, centrada no ponto de vista médico, proporciona um diagnóstico de doenças, perturbações ou outras condições de saúde, a CIF, considerando o papel determinante dos fatores contextuais, proporciona uma análise destas doenças, perturbações ou outras condições de saúde associadas ao contexto.

Como a CIF é uma classificação da saúde e dos estados relacionados com a saúde, também é utilizada por sectores, tais como, seguros, segurança social, trabalho, educação, economia, política social, desenvolvimento de políticas e de legislação em geral e alterações ambientais. Por estes motivos foi aceite como uma das classificações sociais das Nações Unidas, sendo mencionada e estando incorporada nas Normas Padronizadas para a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Incapacidades (...).⁷⁸

Resumindo-se ao enquadramento da pessoa com deficiência na CID-10, sem observar o critério biopsicossocial de avaliação (o que na prática somente é possível pela interação de equipe multiprofissional e interdisciplinar) a perícia do INSS age contra o princípio da legalidade, haja vista que não estará apta a avaliar a deficiência em conformidade com o conceito dado pelo Estatuto.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Direcção-Geral da Saúde. Lisboa, 2004, p. 09.

Havendo instrumento de melhor aferição e estando a jurisprudência atenta a necessidade de investigação de outros fatores que não aqueles médicos determinados pelas perícias tradicionais parece não haver justificativa para realização de perícia sem utilização da CIF como instrumento necessário a melhor elaboração da investigação médica e social⁷⁹.

Ademais, realizando apenas perícia médica, o INSS fere a própria Convenção, que tem justamente como questão central a quebra do paradigma do conceito médico de deficiência para o conceito social de deficiência, e deste modo pratica ato inconstitucional.

Além disso, assim agindo por meio da sua autarquia, o Estado deixa de cumprir seu compromisso internacional de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na Convenção, conforme consta no seu artigo 4, 1, a.

Ainda sobre a perícia médica, observa-se que o INSS tem exigido dos médicos peritos que indiquem na avaliação a necessidade de curatela. Ora, a curatela é medida de interesse da família da pessoa com deficiência e não da autarquia. E, havendo o interesse da família em promovê-la judicialmente, cabe não ao perito do INSS e sim à equipe multidisciplinar do juízo a avaliação da capacidade da pessoa para praticar atos da vida civil e a indicação especificadamente dos atos para os quais haverá necessidade de curatela, se for o caso, conforme o artigo 753 do Código de Processo Civil. À perícia do INSS cabe a avaliação da deficiência ou da incapacidade para o trabalho.

5.3 EXIGÊNCIA DE CURATELA PARA CONCESSÃO E MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA E DE ASSISTÊNCIA

As leis 8.213/991 e 8.742/1993 nunca exigiram a apresentação de termo de curatela para a concessão ou a manutenção dos benefícios do RPGS ou da LOAS,

⁷⁹ BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas consequências**. Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 4, n. 8, p. 117-137, 2014. Disponível em <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2088>. Acesso em 02 de maio de 2016.

mesmo para a pessoa com deficiência mental. Entretanto, as Agências de Previdência Social – APS, ferindo o princípio da legalidade, inúmeras vezes, principalmente após a regulamentação do benefício de prestação continuada, fecharam o balcão de entrada da previdência e da assistência pela exigência, repise-se, sem fundamento legal, da antiga interdição da pessoa com deficiência.

Mais tarde, por meio do Decreto 4.729/2003, extrapolando o seu poder regulamentador, o Poder Executivo piorou a situação ao incluir no artigo 162 do Decreto 3.048/1999 o §1º com a seguinte redação: “É obrigatória a apresentação do termo de curatela, ainda que provisória, para a concessão de aposentadoria por invalidez decorrente de doença mental”. O que, além de dar falsa legitimidade à exigência de curatela para a concessão de aposentadoria por invalidez por deficiência mental, foi estendido pelos servidores públicos do INSS, por analogia, para outros benefícios para a pessoa com deficiência e para outras deficiências, como a intelectual e a sensorial e até a física grave.

Disso decorreu um grande número de interdições desnecessárias e até abusivas. Tanto que, em 2005, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em parceria com o Conselho Federal de Psicologia, realizou Audiência Pública e Seminário Nacional para debater o tratamento que a sociedade e o governo dispensavam à pessoa com deficiência mental, que resultaram no documento *A Banalização da Interdição Judicial no Brasil: Relatórios*.

Na ocasião, em um dos debates, o representante do Ministério Público, Procurador da República, Peterson de Paula Pereira ilustrou a questão com números:

*(...) em 1996, tivemos 339 mil concessões de benefícios de prestação continuada; 8.600 pessoas estavam sob o regime da curatela, com intervenção judicial. Esses números vão aumentando com o passar dos anos. Em 1999, tivemos um número mais expressivo: 109.970 benefícios concedidos e 31.737 interdições judiciais. Em 2004, 141.550 benefícios concedidos e 19.807 interdições judiciais. (...)*⁸⁰

Assim, não obstante historicamente a curatela, por sua índole patrimonialista, tivesse servido à gestão patrimonial da pessoa com deficiência mental rica, passou, graças à exigência indevida para a concessão e a manutenção de benefício de

⁸⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **A banalização da interdição judicial no Brasil**: relatórios. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007, p. 95.

previdência ou assistência, a servir à gestão da pessoa com deficiência pobre, mesmo quando da deficiência não resulta incapacidade.

Em palestra proferida no seminário sobre Interdição e Curatela realizado no Superior Tribunal de Justiça – STJ, em 07 de novembro de 2005, a ministra Fátima Nancy Andrichi assim se manifestou sobre o assunto:

Contam os dados estatísticos que 10% da população brasileira encontra-se deslegitimada na ordem civil devido a alguma enfermidade mental, física ou senil e, não fosse o instituto da Curatela - cuja palavra 'cura', do verbo 'curare', significa cuidar, olhar e velar - estariam à margem da sociedade, sem requisito necessário para agir na ordem jurídica.

Sei bem que esta última afirmação está limitada pela realidade de inúmeras interdições mecânica e desnecessariamente concedidas, por laudos periciais que se reproduzem de forma burocrática e estigmatizante, por juizes escravos do tempo e carentes de paciência, percepção e sensibilidade acuradas para discernir, quando na audiência de impressão pessoal, se o paciente submetido à interdição deve realmente ser interditado; e, na outra ponta, se o candidato ao exercício da curatela possui a honestidade de caráter necessária a quem lida com recurso financeiro que não lhe pertence porque destinado ao curatelado.

A proteção que os institutos em análise deveriam proporcionar se transforma, no entanto, tantas vezes em inverdade, por conta, de milhares e milhares de deserdados sociais que se sujeitam ao processo de interdição, procurando provar sua miserabilidade a fim de alcançar o benefício do LOAS.

Benefício, que se alcança sem o requisito da interdição, mas, que contudo, parece estar sendo exigido da população, ao se julgar pela prática. Talvez, a causa seja a falta de informação adequada, ou quem sabe, informações erroneamente transmitidas.

Hoje, em tempo de crescente carência material, em que o fosso entre ricos e pobres só faz crescer, o que se vê é a interdição e a curatela desvirtuadas de seus propósitos iniciais. Em busca do conserto este desvio, mister se ressalte que a Curatela e a Interdição encontram-se, inseparável e inexoravelmente, unidas a direitos fundamentais extremamente caros a todos nós⁸¹.

Em 2006, o §1º do artigo 162 do Decreto 3.048/1999 foi revogado pelo Decreto 5.699. Mas a cultura de exigência de curatela da pessoa com deficiência pelas APS pouco mudou. Em 2007, o Conselho Federal de Psicologia editou uma cartilha, intitulada Benefício de Prestação Continuada: não abra mão da sua cidadania, voltadas às pessoas com deficiência mental e suas famílias, esclarecendo:

Para ter acesso a esse benefício, entretanto, não é necessário que a pessoa portadora do transtorno mental seja interditada. A interdição – e a

⁸¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Seminário sobre Interdição e Curatela**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2016.

consequente curatela - é uma medida extrema só recomendada quando o beneficiário não tem a menor condição de exercer qualquer dos seus direitos civis; quando está, em síntese, em uma situação extrema de incapacidade. A grande maioria dos portadores de transtorno mental, entretanto, mesmo quando incapacitados para o trabalho, podem ter uma vida normal em muitos outros aspectos e decidir, por si mesmos, o que é melhor para o seu futuro. Em outros momentos, o problema de saúde mental enfrentado pelo beneficiário pode implicar uma interdição parcial de direitos. Em tais casos, o juiz determina que a pessoa está apta a exercer plenamente seus direitos civis, menos alguns que deverá nomear. Infelizmente, a interdição parcial raramente tem sido empregada no Brasil⁸².

O quadro não mudou mesmo após a Convenção, que, lembrando, dedica o seu artigo 12 ao reconhecimento da pessoa com deficiência como igual perante a lei: gozando de capacidade legal em todos os aspectos da vida; com a possibilidade de apoio para o exercício dessa capacidade quando necessário; e, mesmo nesses casos, com salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos; garantindo, até mesmo, o direito de controlar as próprias finanças, no que se incluem os proventos dos benefícios de previdência e de assistência.

Em 2013, um médico perito do INSS, escreveu um e-mail à sua gerência, explicitando a sua indignação e solicitando a coibição das exigências do termo de curatela pela promoção de campanha de esclarecimento aos servidores do INSS.

(...) Entretanto, hoje, chega-me frequentemente requerentes portadores de transtornos mentais e seus responsáveis, ou mesmo segurados portadores de transtornos mentais, tanto no cotidiano da prática pericial no INSS como no âmbito da prática assistencial no SUS, relatando orientações recebidas nas APS's de Fortaleza de que a Curatela/Interdição Civil estão sendo requeridas para concessão do benefício.

Explico, mas creio ser de seu conhecimento, que a condição de curatelado e interditado civil poderia se aplicar a portadores de transtornos mentais com grave comprometimento de suas funções psíquicas globais, que implicariam no enquadramento dos critérios de alienação mental (termo infelizmente ainda utilizado pelo INSS), ou no caso de portadores de deficiência mental, com comprometimento grave/profundo de suas capacidades cognitivas. No entanto, estes não são necessariamente os únicos critérios para enquadramento entre os elegíveis para receber o benefício. Desde 2001, em decorrência de ação civil pública e determinação judicial, os critérios de concessão de BPC/LOAS também correspondem aos de incapacidade para o trabalho sem que, necessariamente, o requerente esteja dentro dos critérios de "alienação mental" ou de deficiência mental grave; obviamente desde que também estejam obedecidos os critérios de funcionalidade e econômicos. Nesta condição, portanto o requerente é capaz de exercer atos da vida civil, de estabelecer atividades com responsabilidades, de exercer direitos enquanto cidadão, o que lhe é subtraído pela interdição judicial civil. Neste casos, que seguramente é a maioria, e na condição de o requerente não ter condição de administrar os recursos financeiros recebidos, por algum motivo, o mesmo poderá

⁸² CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Benefício de Prestação Continuada**: não abra mão da sua Cidadania. 2007.

transferir esta responsabilidade por um simples ato de emissão de procuração pública, em qualquer cartório do município, bastando a presença do requerente junto ao seu procurador no cartório e manifestar seu desejo e consentimento.

Hoje, 17 de maio de 2013, véspera do dia 18 de Maio - Dia Nacional da Luta Antimanicomial, não podemos permitir que iniciativas pessoais preconceituosas, discriminadoras e excludentes, de profissionais do INSS venham se impor e investir contra os direitos constitucionais de cidadania, além de promover uma avalanche de processos judiciais numa justiça já prejudicada pela sobrecarga de demandas.(...)

O Estatuto precisou incluir o artigo 110-A na Lei 8.213/1991 explicitando a desnecessidade de curatela para o requerimento de concessão dos benefícios.

Art. 110-A. No ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

Para Rosenvald, a medida é necessária porque, em que pese a curatela seja franqueada a qualquer pessoa independentemente da sua condição patrimonial, vivencia-se uma epidemia de incapacitação de pessoas com deficiência pobres para a obtenção do mínimo existencial de famílias completamente marginalizadas e desassistidas⁸³.

(...) O resultado é uma indústria de interdições mal conduzidas, embasadas em frágeis perícias, reproduzidas com um impressionante automatismo e acolhidas por magistrados cuja percepção imediata da indigência familiar se sobrepõe à necessária sensibilidade acerca da real necessidade de submeter as pessoas à curatela. Pode-se admitir que o desfecho do processo gere uma presumida vulnerabilidade da pessoa incapaz. Todavia, é inadmissível que a única saída que o sistema propicie (ou tolere) para a tutela de uma pessoa vulnerada seja a naturalização da condição jurídica de incapaz⁸⁴.

Entretanto, o noticiário recente dá conta de que mesmo esse novo dispositivo tem sido ignorado em muitas APS.

Juízes das Varas de Família e Sucessões da comarca de Goiânia e representantes do Ministério Público do estado, da Defensoria Pública e da seccional goiana da Ordem dos Advogados de Brasil encaminharam ofício ao Instituto Nacional do Seguro Social para que o órgão não exija interdição

⁸³ ROSENVALD, Nelson. **A dignidade e a curatela**. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/10/13/A-dignidade-e-a-curatela>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

⁸⁴ Idem.

e termo de curatela para conceder aposentadoria por invalidez ou Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Eles apontam que agências do INSS ainda vêm exigindo o termo de curatela para concessão dos benefícios, embora o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) tenha dissociado a pessoa incapacitada civilmente da figura da pessoa com deficiência⁸⁵.

Rosenvald ainda traz à discussão a consequente gestão dos proventos dos benefícios das pessoas com deficiência pelo curador.

(...) Como consequência de um processo que já no nascedouro desvirtua a funcionalização da curatela, o curador fatalmente direcionará o valor do benefício para o mínimo existencial – quiçá o mínimo vital - da entidade familiar, sem que se imponha qualquer espécie de fiscalização judicial sobre a concretização dos cuidados médicos e afetivos essenciais ao processo de recuperação da pessoa ou minoração de sua condição de suscetibilidade. Causa espécie o desconhecimento da população sobre o fato de que o aludido benefício é obtido sem o requisito da curatela e da indigna privação da autonomia da pessoa com deficiência. (...) Infelizmente, a instrumentalização do processo a uma finalidade previdenciária culmina por oficializar, no Brasil do século XXI, uma realidade completamente infensa a afirmação de direitos fundamentais, sejam aqueles inseridos na Carta Constitucional, como os incorporados por Tratados Internacionais de Direitos Humanos (...) ⁸⁶.

Cumprido lembrar que o Estatuto cuidou de transformar em crime a apropriação de rendimento de pessoa com deficiência e também a retenção ou utilização de cartão magnético destinado ao recebimento de benefícios com o fim de obter vantagem indevida.

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido:

I - por tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; ou

II - por aquele que se apropriou em razão de ofício ou de profissão.

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de

⁸⁵ CONJUR. **Requisito descartado. INSS não pode exigir curatela para conceder aposentadoria por invalidez.** Notícia publicada em 26 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-26/inss-nao-exigir-curatela-dar-aposentadoria-invalidez>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. **A dignidade e a curatela.** Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/10/13/A-dignidade-e-a-curatela>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido por tutor ou curador.

Assim, mesmo o possível argumento de que a curatela da pessoa com deficiência seria para protegê-la do uso indevido do provento por terceiro ou para escusar o INSS do pagamento à pessoa desonesta cai por terra. A pessoa com deficiência, em regra, é capaz de fato, mesmo para receber valores, logo, os benefícios devem ser pagos diretamente para ela. Se eventualmente ocorrer apropriação indevida do próprio valor ou do meio utilizado para recebê-lo, quem o fizer será responsabilizado pessoalmente pelo crime, sem que a autarquia possa ser envolvida.

De outro lado, nos termos do artigo 747 do Código de Processo Civil, cabe somente ao cônjuge ou companheiro, aos parentes ou tutores ou ao representante da entidade em que se encontra abrigado, considerando que a pessoa com deficiência não é capaz de gerir o próprio benefício, promover o processo de curatela para este fim específico, não cabendo ao INSS (como nunca coube) verificar essa necessidade segundo seus parâmetros e fazer essa exigência. Mesmo o Ministério Público, conforme o artigo 748 do mesmo diploma, só tem essa legitimidade quando a doença mental é grave e não existe cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores ou representante da entidade, ou existindo é incapaz.

Vale dizer, é a família quem diz ao INSS se a pessoa com deficiência é curatelada e não o INSS quem diz à família que deve proceder ao processo de curatela da pessoa com deficiência. Salvo nesta situação, a pessoa com deficiência é considerada capaz de fato.

Ademais, observa-se que mesmo nos casos em que a família disser que pessoa com deficiência é curatelada, caberá as APS verificar no termo para quais atos ela foi judicialmente considerada incapaz. Se no termo não constar a incapacidade para gerir proventos, ela ainda deverá receber diretamente o benefício.

Por fim, adverte-se que todo o exposto quanto à perícia para aferição da deficiência ou da incapacidade para o trabalho e à exigência de curatela aplica-se também à manutenção dos benefícios já concedidos, seja pela perícia periódica, seja pelo cadastramento periódico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se por esta monografia, fundamentalmente, contribuir para a luta de uma gigantesca minoria do Brasil: a das pessoas com deficiência. Pessoas que ainda são frequentemente excluídas pela família, pela sociedade e pelo Estado, os quais, ainda hoje, muitas vezes lhes retiram a autonomia, lhes afastam do convívio social e lhes condenam à invisibilidade.

As barreiras físicas de acessibilidade, as barreiras sociais de atitudes e as barreiras legais, administrativas e judiciais do Estado impedem que as pessoas com deficiência exerçam seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência nasce justamente para romper com essas barreiras.

O tratamento humanista por ela inaugurado reconhece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. E vislumbra que, ao contrário, o reconhecimento jurídico da capacidade de fato da pessoa com deficiência é critério para o efetivo exercício de seus direitos e o conseqüente rompimento de outras barreiras. Pois, por óbvio, se a representação torna invisível o titular, o reconhecimento da capacidade lhe dá poder.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência reproduz na lei interna a capacidade de fato das pessoas com deficiência, em regra, para todos os aspectos da vida. Porque essa é a garantia de sua existência autônoma, na medida em que possibilita a expressão da sua própria vontade e a condução dos seus próprios interesses, o que lhes atribui personalidade e também as qualifica como humanas.

Exatamente por isso, a negação dessa capacidade de fato somente tem cabimento nos casos extremos de deficiência, quando comprovada a falta de discernimento por meio do devido processo legal. Vale dizer, a mera incapacidade para o trabalho constatada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS como um dos requisitos para a concessão ou a manutenção de benefício do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, ou mesmo a deficiência verificada para a concessão ou a manutenção de benefício de prestação continuada da Assistência Social, não podem resultar na negação da capacidade de fato desses beneficiários pela autarquia.

No ano em que o Brasil sediou os Jogos Paraolímpicos (Rio 2016), reunindo 4.500 atletas com deficiência, provenientes de 176 países, para a disputa em 23 modalidades, parece ter restado mais claramente demonstradas as capacidades dessas pessoas, quiçá, inclusive a capacidade que elas têm para traçar suas próprias vidas e gerir suas próprias finanças.

Com o lema “Um mundo novo”, a competição mostrou ao povo brasileiro menos das deficiências e mais das eficiências dessas pessoas. E, assim, fez lembrar que ninguém é perfeito e que, na verdade, todos têm, em maior ou menor medida, seus pontos fracos, mas, apartes deles, todos têm também, em maior ou menor medida, seus pontos fortes.

Ao final de 11 dias (de 07 a 18 de setembro), a pira paraolímpica foi apagada, mas se espera que o espírito da igualdade não. Pois, somente com esta convicção de que todos são iguais, poder-se-á de fato construir um mundo novo, onde se reduzem as barreiras que podem obstruir a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, como preceitua a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e reforça o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Seminário sobre Interdição e Curatela**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David, e COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais online**, vol. 962, p. 65-80, dez. 2015. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/upload/noticia/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIENCIA%20-%20EPCD.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2016.

BEDIN, Barbara. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na capacidade civil. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas**. Garibaldi/RS, v. 3, n. 2, p. 113- 120, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/view/27>>. Acesso em 27 de abril de 2016.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e suas consequências. **Unisul de Fato e de Direito**: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 4, n. 8, p. 117-137, 2014. Disponível em <http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/2088>. Acesso em 02 de maio de 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **A banalização da interdição judicial no Brasil**: relatórios. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, 05 out. 1988.

BRASIL, **Decreto legislativo nº 186**, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, 10 jul. 2008.

BRASIL, **Decreto nº 1.744**, de 8 de dezembro de 1995 Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 11 dez. 1995.

BRASIL, **Decreto nº 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências Diário Oficial da União, 7 maio 1999.

BRASIL, **Decreto nº 4.729**, de 9 de junho de 2003. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 10 jun. 2003.

BRASIL, **Decreto nº 5.699**, de 13 de fevereiro de 2006. Acresce e altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. Diário Oficial da União, 14 fev. 2006.

BRASIL, **Decreto nº 6.214**, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de

1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 28 set. 2007.

BRASIL, **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, 26 ago. 2009.

BRASIL, **Decreto nº 99.350**, de 27 de junho de 1990. Cria o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) define sua estrutura básica e o Quadro Distributivo de Cargos e Funções do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de suas Unidades Centrais e dá outras providências. Diário Oficial da União, 28 jun.1990.

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Diário Oficial da União, 31 dez. 1940.

BRASIL, **Lei Complementar nº 142**, de 8 de maio de 2013 Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Diário Oficial da União, 9 maio 2013.

BRASIL, **Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 out.1989.

BRASIL. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, 08 dez. 1993.

BRASIL, **Lei nº 8.989**, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física e aos destinados ao transporte escolar, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 fev.1995.

BRASIL, **Lei nº 10.048**, de 8 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 9 nov. 2000.

BRASIL, **Lei nº 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 20 dez. 2000.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

BRASIL, **Lei nº 10.690**, de 16 de junho de 2003. Reabre o prazo para que os Municípios que refinanciaram suas dívidas junto à União possam contratar empréstimos ou financiamentos, dá nova redação à Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 17 jun. 2003.

BRASIL, **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, 07 jul. 2015.

CONJUR. **Requisito descartado. INSS não pode exigir curatela para conceder aposentadoria por invalidez.** Notícia publicada em 26 de junho de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-26/inss-nao-exigir-curatela-dar-aposentadoria-invalides>>. Acesso em 09 de setembro de 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Benefício de Prestação Continuada:** não abra mão da sua Cidadania. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Entrevista. **Pauta Inclusiva**, Brasília, DF, n. 04, agosto de 2012, p. 03. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_ge

[nerico_imagens-filefield-description%5D_50.pdf](#)>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O conceito revolucionário de Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smacis/default.php?reg=4&p_secao=96>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, SP, n. 10, p. 45-54, 2012. Disponível em <<http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>>. Acesso em 17 de outubro de 2016.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos:** o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho protegido do portador de deficiência.** Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, 2015.

LEITE, Flávia Piva Almeida. A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 31-53, 2013. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/29>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 03 de maio de 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra. 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 Civilistica.com**. Rio de Janeiro/RJ, a. 4, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em 27 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência**. Guatemala, 28 de maio de 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Nova Iorque, Estados Unidos da América, 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em 23 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais**. Nova Iorque, Estados Unidos da América, 22 de dezembro de 1971.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes**. Nova Iorque, Estados Unidos da América, 09 de dezembro de 1975.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Nova Iorque, Estados Unidos da América, 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência**. Nova Iorque, Estados Unidos da América, 20 de dezembro de 1993.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Direcção-Geral da Saúde. Lisboa, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSENVALD, Nelson. **A dignidade e a curatela.** Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/10/13/A-dignidade-e-a-curatela>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o/c21xn/55dd00010cf2c4072861d98d>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/#!/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o/c21xn/5679a50c0cf203da56e891f2>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

ROSENVALD, Nelson. **O Fim da interdição – A Biografia não Autorizada de uma Vida.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/13/o-fim-da-interdicao-a-biografia-nao-autorizada-de-uma-vida/>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada** (A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje). São Paulo: CEDAS, 1987.

SOUZA, Rafael Barreto. Nada sobre nós, sem nós: uma análise da legitimidade jurídica da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 11, n. 15, p. 213, 2013. Disponível em <<http://201.20.109.36:2627/index.php/opiniaojuridica/article/view/303>>. Acesso em 02 de maio de 2016.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em 01 de maio de 2016.

VICENTE, Maysa Caliman, e AGUADO, Juventino de Castro. A proteção e defesa da pessoa com deficiência: a evolução da legislação até a promulgação da Lei 13.146 de 2015 e a garantia do direito à saúde. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 3, p. 93-99, out. 2015. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/cbpcc/article/view/552>>. Acesso em 27 de abril de 2016.