

1 INTRODUÇÃO

A pessoa com deficiência sempre margeou o plano da invisibilidade e marginalização. Como destoantes do padrão de normalidade fixado a partir de um critério econômico de eficiência e produtividade, a deficiência foi vista como uma desvantagem que exigia medidas corretivas e compensatórias para superar a limitação dos corpos abjetos.

Nessa realidade que o modelo biomédico surge como padrão de avaliação da deficiência e define a linguagem e o discurso de tratamento assistencial da pessoa com deficiência. Por esse modelo, chega-se à coisificação dos corpos deficientes como desvalidos e dignos ou de piedade ou de intervenção tecnológica com vistas a superação do problema incapacitante.

A realidade somente passa a ser questionada no século XX, quando do surgimento da teoria social que começa a problematizar as estruturas da construção normativa ao entorno da deficiência e coloca-a como um problema também da ineficiência da estrutura social em absorver e conviver com a diversidade inerente ao ser humano.

As críticas da teoria social ecoam na Organização das Nações Unidas, e após longos debates é editada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que passa a reconhecer a plena capacidade da pessoa com deficiência e retira essa condição como fator de quebra da igualdade reafirmando a dignidade humana. No Brasil, a internalização da convenção se dá na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e o instrumento normativo ganha *status* de norma constitucional e direitos fundamentais. Na sequência, é editado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015), que em conformidade com a convenção revisa a legislação interna para reconhecer a plena capacidade legal das pessoas com deficiência e a proteção de seus direitos ao pleno desenvolvimento do plano existencial em todos os aspectos de sua existência.

Logo em seguida surgem questionamentos quanto à necessidade de revisão do próprio estatuto e é apresentado o Projeto de Lei do Senado Federal no 757/2015, que em sua redação restabelece o modelo da incapacidade a partir da noção de discernimento e amplia o sistema tutelar de substituição na legislação civil, o que representa claro retrocesso às posições jurídicas já conquistadas pelas pessoas com deficiência.

Assim, o problema desta pesquisa é propositivo e investiga a possibilidade de utilização da cláusula constitucional de proibição de retrocesso como critério interpretativo das ações estatais no âmbito judiciário, legislativo e executivo que visem alterar o texto normativo ou a interpretação da norma em claro retrocesso das posições jurídicas já conquistadas.

A primeira hipótese é que qualquer medida legislativa ou interpretativa que retome a deficiência como causa de incapacidade é violadora dos termos da Convenção que atualmente ostenta *status* de norma constitucional fundamental. Outra hipótese é que o modelo atual do Estatuto da Pessoa com Deficiência, interpretado a partir da referida norma internacional e da proibição de retrocesso como medida de progresso, implica na efetiva confirmação do reconhecimento da dignidade humana e capacidade das pessoas com deficiência.

Para o fim proposto, o trabalho principia com crítica ao modelo biomédico como paradigma orientador das políticas públicas e normativas da pessoa com deficiência. Ainda que representativo de importante acesso à tecnologia e ao direito à saúde, o modelo biomédico desconsidera a complexidade do sujeito e resume sua condição à deficiência negligenciando que essa, muitas vezes, é resultado da própria estrutura social inadequada para conviver com a diversidade.

No segundo momento, o trabalho reflete a partir do próprio conceito de deficiência para, então, analisar o disposto atualmente no Código Civil e no Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015, que pretende promover modificações no texto do Código Civil, Código de Processo Civil e no Estatuto da Pessoa com Deficiência, e retoma o modelo tutelar do discernimento como critério de reconhecimento da capacidade em frontal contrariedade à Convenção. E por fim, o trabalho confirma como a atual proposição normativa influenciada pela teoria social representa adequadamente a realidade das pessoas com deficiência e a busca de efetivação da autonomia necessária para o seu projeto existencial.

O estudo adota a metodologia do tipo bibliográfica e teórica, com a investigação dos institutos da capacidade da pessoa com deficiência, dos avanços propostos pela Convenção Internacional e os limites da legislação infraconstitucional a partir do problema explanado.

2 OS NOVOS CONTORNOS DA DEFICIÊNCIA E A TEORIA SOCIAL

O tratamento dispensado à pessoa com deficiência tem se transformado ao longo dos anos, e com isso, a forma como se reconhecem seus direitos e a capacidade de seu exercício. Em distintos momentos é possível identificar o tratamento à pessoa com deficiência que passa desde a eugenia até a marginalização.

Ainda que representativo de um avanço no desenvolvimento tecnológico de melhora na qualidade de vida das pessoas com deficiência, o modelo biomédico não pode ser visto como a humanização e reconhecimento de sua condição de sujeito de direitos. Nesse momento, as pessoas com deficiência se colocavam como objeto de estudo para contribuir com seus corpos para o desenvolvimento da ciência. O paradigma racionalista científico e a análise da deficiência como uma desvantagem a partir de um padrão de normalidade sustentaram o surgimento do modelo biomédico até hoje preponderante e objeto de revisão a partir da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência. O modelo biomédico foi representativo da superação do misticismo em torno da pessoa com deficiência para colocá-la como objeto de estudo, pesquisa e controle dos corpos para alcançar a superação da desvantagem provocada pela deficiência. Ainda hoje não se nega a importância do modelo biomédico ou das práticas a ele correlatas como a oralidade para surdos, porém se reconhece sua insuficiência para explicar a complexidade do fenômeno (DINIZ, PEREIRA, SANTOS, 2018, p. 67).

Foi com a supremacia do modelo biomédico que se verificou a coisificação do sujeito com deficiência e é contra isso que se volta a teoria social.¹ A partir das críticas formuladas pela teoria social ao modelo biomédico, outros aspectos impeditivos do desenvolvimento pleno das pessoas com deficiência passam a integrar a cena do debate sócio político. Ou seja, o discurso sobre deficiência é politizado e não mais se aceita o monopólio médico do discurso sobre deficiência que gerou durante anos de sua prevalência à inferiorização de corpos taxados como disfuncionais e que exigiam a intervenção compensadora com forte institucionalização em espaços assistenciais. A deficiência passa a ser vista também como a ineficiência de uma sociedade em se

¹ Os primeiros estudos resultantes na construção da teoria social são originados do Departamento de Sociologia da Universidade de Leeds, na Inglaterra, especialmente dos teóricos da *Union Physical Impairment Against Segregation* (Upias). Com formação marxista, os teóricos de Leeds colocam o modelo biomédico como reflexo da sociedade capitalista que rejeita a pessoa com deficiência como incapazes de contribuir produtivamente para uma sociedade de capital. Nisso, está a base da exclusão e marginalização social e econômica da pessoa com deficiência (DINIZ, BARBOSA, SANTOS, 2009, p. 69).

adequar estruturalmente para conviver com a diversidade e garantir o acesso aos bens e serviços aos que diferem do *standart* de normalidade fixado pelo discurso médico (FERREIRA, 2017, p. 2).

A partir da teoria social, o corpo é representativo da integralidade do indivíduo e deve também ser visto a partir do lugar do sujeito com deficiência na esfera pública e política de debate:

El cuerpo es construido socialmente a tres niveles: i) es performativamente construido mediante discursos que, nombrándolo de determinada manera, lo hacen ser lo que es y no cualquier otra cosa; ii) es políticamente construido mediante estrategias prácticas de entrenamiento, disciplinamiento y clasificación; y iii) es construido existencialmente, en la confluencia de esos discursos y de esas políticas, mediante la experiencia cotidiana de su práctica-reflexión subjetiva. El cuerpo es el sedimento, permanente e irrenunciablemente presente, de nuestra condición social: lo social se hace cuerpo, en sentido literal, en el discurrir cotidiano de nuestra existencia (FERREIRA, 2017, p. 6).

A nova releitura da condição da pessoa com deficiência exige que se abra o espaço público do discurso para que o sujeito alcance seu lugar de fala. Não se constroem mais políticas para as pessoas com deficiência sem que os atingidos por ela sejam integrados ao debate e assumam o discurso político de seus direitos.

O novo espaço social e político conquistado pela pessoa com deficiência provocou a desestabilização do próprio conceito do que se pode entender por deficiência até então fixado a partir dos padrões biomédicos.

Na releitura, a definição do tema passa, necessariamente, pelo uso adequado e cientificamente aceito da terminologia exigida já que o uso da linguagem pode reforçar ou romper as barreiras da estigmatização e do preconceito. A forma de tratamento da deficiência sempre colocou diversos termos sobre a matéria em disputa. Por vezes se considerou que o tratamento genérico por “deficiente” era estigmatizante, e as políticas estatais passaram a se referir a “pessoas com necessidades especiais”. Noutras perspectivas, advindas inclusive dos grupos de pessoas com deficiência, opta-se pelo uso do termo “deficiente”, sem qualquer outra adjetivação, já que representativo de uma identidade, assim como são os negros. Outras formas comumente utilizadas são “pessoa portadora de deficiência” ou simplesmente “pessoa com deficiência”. Contudo, a ausência de consenso sobre o

termo a ser utilizado não invalida o avanço das pesquisas na matéria e sequer implica em redimensionamento negativo do trato da matéria sendo apenas exigido que se evitem os termos que importem em inferiorização do sujeito que experiencia a deficiência, e, no mais, a terminologia utilizada não reduz o conteúdo da matéria discutida (MEDEIROS, DINIZ, 2004, p. 107).

Mais difícil do que tratar da terminologia utilizada no tratamento da pessoa com deficiência é saber como definir a própria deficiência. Isso porque o termo está em constante disputa e, por vezes, sua definição está ligada a interesses econômicos ou governamentais. Veja-se, por exemplo, que ao se tratar de uma companhia securitária que firma contratos de apólice de seguros em caso de deficiência, o conceito adotado pode ser restritivo e com isso, claramente, buscará alcançar uma redução no número de benefícios pagos. Em lado oposto, se observado o conceito de deficiência fixado em legislações orientadoras de políticas públicas se terá nova definição que visa atender a estratificação pretendida pelo órgão ou ente estatal. Assim, se seguem outras formas de se observar a deficiência como na hipótese de inclusão em escolas ou atendimento prioritário em estabelecimentos hospitalares ou mesmo ainda, para utilizar-se dos benefícios fiscais em aquisições de bens e serviços como é o caso no Brasil, para compra de veículos. Assim é que a complexidade da definição de deficiência está envolta em diversos núcleos normativos setoriais que buscam atingir objetivos distintos (BERGER, 2013, p. 6).

Quando estamos no campo da pesquisa, os aportes normativos servem como referência crítica, porém, não esgotam as possibilidades de estudo da matéria. O que se deve ter claro, no entanto, é quando a deficiência é limitativa do exercício de direitos de forma autônoma ou quando essas barreiras são construções reflexas da estrutura social. A redução da funcionalidade sensorial, mental ou física implica numa deficiência por diversidade biológica ou fisiológica, porém, somente vamos verificar a limitação decorrente dessa condição quando as circunstâncias sociais não forem adequadas para que essas pessoas possam se desenvolver em plenitude em suas capacidades. Também tem se colocado como inadequado o uso do termo “desvantagem” uma vez que a identificação dessa condição pela incapacidade social de absorção da diversidade pode reafirmar a condição discriminatória (BERGER, 2013, p. 6).

Essa distinção é de extrema relevância, vez que se observarmos pessoas com deficiência auditiva, visual ou de mobilidade somente poderemos afirmar que serão

incapacitadas se as condições sociais não forem adequadas para a superação da limitação. Atualmente, o uso da cadeira de rodas somente não permite o pleno desenvolvimento e exercício das atividades se os prédios e demais locais não permitirem o acesso adequado da pessoa que a utilize. O mesmo se diga em relação ao deficiente visual que não alcance os tratamentos de lentes capazes de compensar sua redução sensorial. Desse contexto, se vê que o desenvolvimento tecnológico também se converte em importante direito de acesso à pessoa com deficiência permitindo a compensação de sua limitação, ao contrário, a falta de acesso implicará não somente na visibilidade de sua deficiência, mas também na sua incapacidade (BERGER, 2013, p. 7).

Outra importante discussão que permeia a definição de deficiência está centrada na necessidade de distinguir doença de deficiência. Os limites de uma e outra precisam de distinções, especialmente exigíveis pelos movimentos políticos e sociais de pessoas com deficiência com a finalidade de se afastarem de estigmas resultantes de algumas patologias. Contudo, em muitos casos a distinção pode ser inócua, uma vez que também é possível que a deficiência advenha de uma doença ou que pessoas com deficiência também estejam doentes. Ademais, com os ganhos próprios da longevidade dificilmente alguém chegará ao final da vida sem experimentar uma situação de deficiência. Deve-se considerar também que nem todas as pessoas nascem com a deficiência, e que muitas vezes ela é decorrente de condições próprias do decorrer da vida como uma doença, um acidente automobilístico ou de trabalho (BERGER, 2013, p. 11).

Assim, no contexto da crítica da teoria social ao conceito de deficiência estabelecido exclusivamente por critérios biomédicos, torna-se necessário ampliar sua definição para que integre também os elementos da estrutura social que impedem o pleno desenvolvimento do sujeito em sua integralidade baseados num *standart* de normalidade e negligenciando a diversidade própria e inerente do ser humano.

3 OS REFLEXOS DA TEORIA SOCIAL NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Os primeiros movimentos do âmbito da Organização das Nações Unidas com vistas a garantir a proteção das pessoas com deficiência se iniciam na década de 70. Em outros instrumentos sobre direitos humanos já existentes nesse período se

identificam mecanismos de proteção que se aplicam também as pessoas com deficiência, porém nenhuma medida específica.

Durante a década de 1970, são editadas a Declaração para Pessoas com Depressão Mental e a Declaração sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, porém, ambas refletiram o modelo biomédico e assistencialista como sendo o paradigma vigente à época. As primeiras mudanças se identificam somente na década de 80, quando é estabelecido o Ano Internacional dos Incapacitados, em 1981 e a Década Internacional das Pessoas com Deficiência, entre 1982-1991. A partir de então, outras medidas direcionadas ao fortalecimento das políticas estatais para pessoas com deficiência foram instituídas, inclusive com a instituição de um mecanismo de monitoramento das ações nos Estados (STEIN, 2009, p. 21).

Em 31 de dezembro de 2001, iniciam-se os trabalhos na Assembleia Geral para elaboração de propostas específicas de proteção direcionadas às pessoas com deficiência. Os estudos avançam a partir de um comitê *ad hoc* que redige os textos fundamentais que são aprovados em 25 de agosto de 2006 (STEIN, 2009, p. 23).

O surgimento da Convenção abre espaço entre os Estados integrantes do sistema global de proteção para discussão da condição e proteção da pessoa com deficiência tanto em seus aspectos normativos como sociais, ambos praticamente inexistentes em caráter vinculativo até o momento da promulgação da Convenção. A partir de então, juntamente com a Convenção foi aprovado o protocolo facultativo que permite o acesso das pessoas com deficiência ao Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência para representar as violações aos seus direitos internalizando definitivamente a matéria no âmbito dos direitos humanos (PALACIOS, 2007, p. 9).

A definição de deficiência tratada na Convenção é fortemente resultado da teoria social construída pelo DPI (*Disabled People's International*)², após amplos debates provocados por movimentos sociais da Irlanda e Reino Unido (DINIZ, BARNES, 2013).

Com o advento da Convenção todas as políticas internas dos Estados membros passam a ser pensadas tendo como referência os direitos humanos das pessoas com deficiência, o que implica numa importante mudança de paradigma e permite o enfrentamento da discriminação vivenciada diariamente pelas pessoas com deficiência (PALACIOS, 2007, p. 11).

² Tradução livre: Organização Internacional das Pessoas Deficientes.

No Brasil, a Convenção foi internalizada ao ordenamento jurídico pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, seguindo o processo legislativo previsto para emendas à Constituição, e passa a ter força de norma constitucional de direitos fundamentais. Contudo, somente meia década depois é obtida a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015).

Um dos efeitos imediatos da vigência da lei é provocar a transformação de institutos consagrados pela doutrina civilística como a capacidade jurídica e que refletem incisivamente na construção e no exercício de todos os direitos assegurados no ordenamento jurídico. A capacidade como instituto jurídico estabelece importantes mecanismos de exercício de direitos nas distintas áreas e exprime a posição do sujeito no momento de seu exercício. A racionalidade jurídica construiu a partir de primados éticos, morais e jurídicos o sujeito de direito intrinsecamente vinculado ao conceito de capacidade. A própria base de estruturação do conceito de dignidade humana esteve vinculada à capacidade sensorial de comunicação e a possibilidade de firmar relações intersubjetivas. Corolário dessa formulação está a igualdade, como exercício da capacidade num mundo de relações sociais (ASIS ROIG, 2009).

A Convenção Internacional de Proteção da Pessoa com Deficiência rompe com os fundamentos estruturantes do conceito de capacidade e redesenha o próprio entendimento de dignidade humana. A base de compreensão da capacidade, a partir do instrumento internacional, desvincula a capacidade da exigência de consciência racional no exercício de atos e na formulação de relações intersubjetivas. O artigo 5, alíneas 1 e 2, firma o compromisso dos Estados signatários de protegerem os direitos das pessoas sob o primado da igualdade vedando qualquer forma de discriminação, incluindo as pessoas com deficiência. O passo dado pela normativa internacional supera a doutrina civilística que vinculava a capacidade à inteligibilidade do exercício dos direitos e ressignifica o conceito de dignidade humana para torná-lo inclusivo, abrangendo não somente os sujeitos integrantes de uma comunidade político-social firmada na racionalidade, mas também aqueles que, por qualquer razão, tem sua inteligibilidade comunicacional reduzida.

Os efeitos são imediatos e determinam o abandono de institutos construídos durante toda a tradição jurídico-romana. O modelo da substituição, largamente utilizado na cultura ocidental, passa a ser de uso excepcional, temporário e controlado. Ao contrário, o novo paradigma reconhece a capacidade legal e determina o regime

de apoio, enfocando na situação e não na identidade, construindo medidas aprioristicamente temporárias, individuais e proporcionais. A certeza de que a regra é trabalhar no regime de apoio fica evidenciada na redação do artigo 12, alínea 2, da Convenção, que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com todas as demais pessoas.

O sistema de apoios se orienta pela máxima autonomia possível do sujeito de direitos e foca nas circunstâncias sociais que o envolvem para preservar ao máximo sua liberdade de vida:

Así, el sistema de apoyo debe: (i) ser capaz de respetar al máximo la autonomía de la persona con diversidad mental o intelectual; (ii) ser permeable a los distintos tipos de diversidad y a las circunstancias concretas de cada persona; (iii) tener la menor duración posible y ser revisables periódicamente; (iv) sacrificar en el menor grado posible los derechos de la persona (ASIS ROIG, 2009).

Desvincular capacidade de exercício racional como elemento essencial da compreensão da dignidade humana é representativo da necessidade de sua revisão em correlação ao contexto histórico e normativo. O reconhecimento de direitos e da capacidade legal das pessoas com deficiência impõe a necessidade de revisão da compreensão de dignidade da pessoa humana não mais reduzindo sua titularidade àqueles que preenchem os elementos racionais necessários para firmar relações intersubjetivas. A capacidade de exercício é intrinsecamente vinculada à dignidade da pessoa humana, uma vez que se correlaciona historicamente, desde o renascimento, ao sujeito moral integrante de uma comunidade política, e desta, a pessoa com deficiência, por suas próprias características pessoais, resulta excluída por seu conceito (PALACIOS, 2007, p. 75).

Essa é a construção formulada por Asís Roig (2009), para quem a ideia de capacidade passou a ser gradual e relativa, sendo indispensável que se desvincule do conceito de dignidade humana a necessidade de que o sujeito titular seja capaz de raciocinar e expressar sentimentos. O nível e a extensão da capacidade são condições voláteis circunscritas a condições de tempo e ao desenvolvimento da atualidade. Se a capacidade está vinculada ao planejamento de vida e ao próprio desenvolvimento individual livre esta é também uma das funções do direito ao promover o pleno exercício das potencialidades humanas:

Dicho de otra manera, una cosa es tener capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y otra, bien distinta, es tener la posibilidad de razonar, sentir y comunicarse. Es importante luchar contra aquello que provoca la imposibilidad, ya sea algo “natural” o algo que hemos construido (ASIS ROIG, 2009).

Ter sua capacidade de compreensão reduzida não importa na nulificação do desejo e do direito de planificar uma existência. O princípio de uma vida independente orienta um projeto jurídico capaz de assegurar o reconhecimento da autonomia decisional da própria existência, do desenvolvimento pessoal e social, e da forma de participação política. Essas circunstâncias podem ser vistas tanto no plano do sujeito considerado com capacidade reduzida em função da idade, como transposto para a pessoa com deficiência em similaridade (ASIS ROIG, 2009).

Há duas formas de reconhecimento da capacidade. A primeira observada a partir de seu exercício é vista desde a participação dos sujeitos morais numa sociedade racional e comunicacional, onde expressam decisões de cunho ético e moral. A segunda é jurídica, e resulta da personalidade diferenciando o sujeito no mundo (ASIS ROIG, 2009).

Se tomado o conceito de dignidade da pessoa humana a partir da compreensão hermética de uma comunidade de sujeitos capazes de expressar, racionalmente e emotivamente, pensamentos, eleições, sentimentos e comunicar-se adequadamente numa sociedade constituinte, é necessário que se exclua a dignidade como elemento fundante e justificador da capacidade da pessoa com deficiência que a teria somente por concessão dos sujeitos racionais que os julgassem merecedores (PALACIOS, 2007, p. 76). Assim, sob o ponto de vista sustentado por Palacios (2007, p. 77) e também por Rafael Asís Roig, a análise da dignidade da pessoa humana desde o modelo de discurso dos direitos humanos não pode ser esgotada na compreensão do paradigma formado na racionalidade de agentes comunicacionais.

Esse novo modelo de reconhecimento e compreensão da dignidade humana se realiza indistintamente e independente da capacidade comunicacional, mas se coloca como inerente e intrínseco ao ser humano, não dependendo de concessões e livre de qualquer ação arbitrária, impondo a aceitação da diversidade como parte da formação social.

Nessa perspectiva, a dignidade humana se coloca como importante e principal instrumento interpretativo de direitos em legislações específicas, firmando a compreensão de que a dignidade é própria da existência humana e não depende de atuação estatal concessiva ou de reconhecimento, e assim, implicam em restrições e obrigações da atuação estatal, tanto no âmbito normativo como de políticas públicas de eficácia desses direitos (BASSER, 2011, p. 20).

A capacidade das pessoas com deficiência foi expressamente tratada no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, introduzida no ordenamento jurídico interno através do Decreto no 6.949/2009. Nela, a capacidade jurídica e de exercício são simultaneamente tratadas como capacidade legal e importam no reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos. A partir disso não se fala mais em qualquer distinção entre capacidade jurídica e de exercício, já que esse não pode mais ser critério para relativização ou restrição de exercício de direitos das pessoas com deficiência seja sensorial, mental ou física. Em outras legislações como a alemã, a capacidade legal equivalente a capacidade jurídica na legislação brasileira, já implica na conjunção das possibilidades de exercício e gozo de direitos (MENEZES, 2017, p. 140).

4 A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO COMO CRITÉRIO DE INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O modelo tutelar e de substituição foi vigente no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, além de orientar toda a legislação esparsa ao tratar da manifestação de vontade e do exercício de direitos das pessoas com deficiência. Sempre se pensou a pessoa com deficiência a partir da incapacidade e da necessidade de proteção de seus interesses, sobretudo a partir de um enfoque de sua absoluta impossibilidade de reconhecimento de interesses relevantes e necessários para o desenvolvimento de sua existência. A tradição jurídica foi construída a partir desses elementos que colocavam a legislação civil como instrumento de tutela da pessoa com deficiência e estabeleciam um conceito restritivo de capacidade dissociada entre direito e exercício.

A vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a reestruturação normativa do conceito de capacidade para adotar as críticas da teoria social já incluídas na Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência provocaram a necessária

nulificação de dispositivos do Código Civil e da legislação correlata afastando o modelo de substituição e firmando a autonomia da pessoa com deficiência.

A determinação do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência afastou a leitura discriminatória que colocava deficiência e incapacidade como questões indissociáveis. O objetivo da norma atualmente com força constitucional é, sem dúvida, erigir a pessoa com deficiência ao status de igualdade material e garantir o pleno exercício e gozo de seus direitos. Nesse aspecto, quando da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, uma de suas propostas era extirpar do ordenamento jurídico as disposições que ainda colocassem a incapacidade como decorrência da deficiência, e assim o fez ao determinar a revogação dos artigos 3º, I e artigo 4º, II e III do Código Civil, para não mais constar a deficiência mental ou psíquica como causa justificadora da absoluta ou relativa incapacidade.

A partir de então, o que justifica a redução da autonomia do sujeito é seu discernimento para tomada de decisões vitais, e a sua ausência pode ou não estar relacionada a condição de deficiência. Veja-se, nessas hipóteses, que é perfeitamente possível reconhecer a capacidade do portador de esquizofrenia quando adequadamente submetido ao tratamento necessário, ao passo que uma pessoa em estado de coma, ainda que não deficiente, está temporariamente ou por prazo indefinido, incapaz de atos relacionados a sua vida.

Contudo, a revisão normativa ainda deixou espaço para interpretações que, se não adequadamente controladas pelo filtro constitucional e convencional, podem implicar em grave retrocesso aos direitos já reconhecidos às pessoas com deficiência. Da mesma forma, tramita no Poder Legislativo o Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015, que pretende promover modificações no texto do Código Civil, Código de Processo Civil e no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambas as frentes são resultado de anos de prevalência e construção do instituto da capacidade a partir de critérios biomédicos e de substituição da vontade com fins tutelares. É contra esse risco que o princípio constitucional da proibição de retrocesso tem importante função interpretativa e de controle para manutenção dos direitos da pessoa com deficiência em acordo com a normativa constitucional e convencional.

O primeiro cuidado deve ser direcionado à adequada interpretação do disposto no artigo 4º, III do Código Civil, que prevê a incapacidade relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Não há dúvida

de que, para estar em conformidade com a dignidade da pessoa humana e os princípios da Convenção de *status* constitucional, a única interpretação possível para o dispositivo indicado é aquela que exclua de seu conteúdo qualquer forma de deficiência como causa transitória ou permanente de incapacidade relativa. É que pensar de modo diferente permite que seja enfocada novamente a deficiência como causa de incapacidade fugindo do pretendido pela convenção que está centrada no indivíduo e suas expectativas existenciais. Por se constituir em norma com texto aberto e que exige integração pela hermenêutica, facilmente o inciso III, do artigo 4º, pode se transformar em abertura para o retorno da medida tutelar como instrumento de redução da capacidade e autonomia das pessoas com deficiência.

Uma decisão judicial que caminhe por esse trilho certamente é contrária a cláusula de proibição de retrocesso que assegura, justamente, a plena autonomia da pessoa com deficiência e veda a redução de sua capacidade com base em sua diversidade funcional. Se o conceito amplo de deficiência pode ser admitido com vistas a incluir no instrumento protetivo todos que tenham limitações ao exercício de seus direitos por força da deficiência, na hipótese normativa em comento, a interpretação deve ser reversa e restringir ao máximo seu âmbito de aplicação para excluir a pessoa com deficiência de sua pretensão tutelar.

No que se refere ao Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015, o cuidado deve ser redobrado sob pena de se ter amplo retrocesso normativo na inclusão da pessoa com deficiência. Como seu ponto fundamental é relativizar a autonomia das pessoas com deficiência com nova redação aos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao Código Civil e ao Código de Processo Civil, a eventual aprovação de seu texto influenciará em diversos outros instrumentos legais como a legislação empresarial, trabalhista e penal.

Em síntese, na justificativa da proposta do PLS n. 757/2015, os autores criticam o Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no Código Civil e demais legislações que, ao pretenderem garantir a proteção da pessoa com deficiência, ampliaram o conceito de capacidade para hipóteses em que as pessoas não têm discernimento suficiente para garantir a efetividade de seus direitos e escolhas. Essa situação colocaria as pessoas com deficiência em situação de extrema vulnerabilidade e representa uma redação incompatível com a convenção internacional que buscava, precipuamente, garantir a não discriminação da pessoa com deficiência.

Em sua redação, em diversas partes o dispositivo retoma a ausência ou insuficiência de discernimento como fundamento para medidas de restrição da capacidade, ainda que não mencione diretamente a pessoa com deficiência, o que, efetivamente, altera o conteúdo do Estatuto da Pessoa com Deficiência e contraria a própria norma internacional que estabelece como fundamento a impossibilidade de manifestação de vontade.

No artigo 4º do PLS n. 757/2015, a proposta reinsere o termo “falta de discernimento” como causa para justificar a incapacidade absoluta no artigo 3º, II do C.C., e torna relativamente incapazes quando o discernimento for severamente reduzido, com a redação do artigo 4º, II do C.C. O mesmo artigo 4º, ainda trata de reinserir hipóteses de curatela e trata da nulidade do casamento de pessoas com ausência de discernimento (artigos 1548, I; 1.767, I e II; 1.769, I e II; 1.777). Na sequência prevê-se a ampliação dos limites de atuação da curatela para abranger não somente atos patrimoniais, mas também condicionar alguns atos como o casamento a manifestação judicial (art. 1.772, §§ 2º e 3º). O artigo 7º do PLS n. 757/2015, promove a alteração do artigo 85 do EPD, para permitir o avanço do curador também em decisões não exclusivamente patrimoniais. O artigo 9º permite a aplicação das disposições próprias da tutela e curatela também aos casos de decisão apoiada e permite ao juiz definir a curatela quando entender não ser o caso de decisão apoiada. Nessa hipótese, vê a ampliação dos poderes discricionários do juiz ao decidir pela imposição da interdição quando entender não se tratar de hipótese de decisão apoiada.

O PLS n. 757/2015, ainda que não expressamente, provoca severa redução da aplicação do instituto da decisão apoiada. A contrariedade do novo instituto com o modelo tutelar vigente por décadas provocou severas desconfiâncias e insurgências contra a ampliação do conceito de capacidade.

Contudo, o próprio instituto da tomada de decisão apoiada permite que o apoiado mantenha sua capacidade preservada e seus traços fogem do modelo tutelar. Todas as decisões de cunho obrigacional ou relacionados as questões vitais permanecem no apoiado e sob sua responsabilidade. A participação do apoiador deve ser secundária somente devendo agir quando sob sua perspectiva o negócio jurídico puder causar qualquer prejuízo ao apoiado ou a pedido próprio interlocutor for chamado a assinar em conjunto o negócio jurídico (MENEZES, 2015, p. 16). No mais, não se deve confundir o apoio com a tutela, e se permitir uma ingerência indevida do

apoiador no âmbito da vida privada ou pública do apoiado. A própria dicção dos artigos 1.783-A, §4o e §5o, delinea as funções, responsabilidades e limites do apoiador nas relações jurídicas do apoiado nesses termos.

O objetivo da Convenção ao determinar a revisão da legislação interna é justamente distinguir os atos que são admitidos ou não por curatela. Em regra, as decisões relacionadas aos aspectos existenciais da vida do sujeito devem ser tomadas como personalíssimas e não admitidas através de representação. Por questões existenciais pode se entender, entre outros aspectos, aquelas relacionadas a intervenções no próprio corpo ou que tenham reflexo em seu plano afetivo como casar e constituir família, incluindo o reconhecimento de filhos ou diretivas antecipadas de vontade (MENEZES, 2017, p. 157). Se o objetivo do Estatuto, na linha orientadora da Convenção, é ampliar a autonomia da pessoa com deficiência, é certo que isso implica em preservar ao máximo aspectos que estejam relacionados a sua vida pessoal, protegendo sua privacidade e garantindo a incolumidade de questões intrinsecamente ligadas a sua condição existencial.

Notadamente que as modificações legislativas e a possível interpretação das normas com cláusulas abertas exigem que a matéria seja avaliada a partir da cláusula de proibição de retrocesso, importante instrumento de resistência aos movimentos de reforma regressiva no âmbito de direitos fundamentais. Como princípio de orientação de atuação dos poderes constituídos, sua aplicação se reflete em todos os âmbitos de atuação estatal dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Para Prieur (2012, p. 14), a proibição de retrocesso enquanto medida protetiva de um *status* e diretiva de avanço na conquista de novas posições jurídicas é implícita em todos os documentos de Direitos Humanos, expressando conteúdo ético e judiciário. Nessas condições, a proibição de não regredir na proteção de um direito reflete indiretamente o dever de progresso nos aspectos normativos e de políticas públicas de sua promoção. É que toda medida negativa de regresso importa, necessariamente, em uma medida positiva de promoção e avanço dos mesmos direitos. Assim, somente são aceitáveis medidas que visem implementar a convenção internacional e a normativa interna de promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Ao contrário, perspectivas de reforma legislativa ou interpretações que restrinjam a capacidade das pessoas com deficiência são absolutamente contrárias a proteção jusfundamental posta pela proibição de retrocesso.

A construção do princípio da proibição de retrocesso parte de seu reconhecimento como princípio implícito do texto constitucional decorrente dos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 143).

Outro importante suporte normativo para a proibição de retrocesso está nas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, da CF), representativas de limites materiais ao poder de reforma das normas constitucionais. Essas barreiras ao poder de reforma são exemplificativas da preocupação do constituinte originário com a preservação das posições jurídicas conquistadas e asseguradas ao longo da história constitucional. Portanto, mesmo que se negue a existência de formulações protetivas implícitas, é inadmissível recusar forte caráter de proteção ao regresso nas normas informadoras de cláusulas pétreas (SARLET, FENSTERSEIFER, 2012, p. 145). Isso significa que na medida que a Convenção foi aprovada no procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, passa indiscutivelmente ser cláusula pétrea e com isso somente admite medidas protetivas e progressivas sendo vedado qualquer movimento legislativo ou interpretativo que reduzam ou esvaziem seu conteúdo.

Em toda e qualquer norma constitucional se fixa um direito subjetivo negativo permitindo o ingresso judicial e a atuação política com vistas a impedir a ação regressiva. “Nesse sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que tem sido designado, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 145). Das linhas já traçadas das características de proibição de retrocesso, verifica-se que o princípio foi construído com a finalidade de proteger o bloco normativo constitucional e infraconstitucional de direitos e garantias através do controle de atos legislativos ou administrativos tendentes a restringir ou abolir posições jurídicas subjetivas já conquistadas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 146).

A vedação de regresso em matéria de direitos e posições jurídicas adquiridas vincula-se diretamente à liberdade de conformação do legislador, impondo limitações ao seu atuar e criando limites ao seu comportamento que viole os marcos já estabelecidos como direitos subjetivos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 149). Assim, a relativização da liberdade de atuação do legislador implica no reconhecimento da inconstitucionalidade das ações que extrapolem o direito já

inserido no plano de conquistas fundamentais subjetivas e expressem medida claramente retrógrada em violação à supremacia da Constituição (SCAFF, 2005).

5 CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe profundas modificações nos Estados integrantes do sistema das nações unidas e é de suma importância para reafirmação e avanço das medidas de políticas públicas e normativas de afirmação da igualdade, dignidade da pessoa humana e autonomia das pessoas com deficiência.

No Brasil, os reflexos foram significativos com destaque ao âmbito normativo com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. Lei no 13.146, de 06 de julho de 2015), bem como a introdução no sistema jurídico nacional dos valores e princípios convencionais de proteção da pessoa com deficiência. A deficiência passa a ser vista também sob o olhar da ausência de estrutura social para convivência com a diversidade rompendo com o monopólio do discurso biomédico que objetificou os corpos e reduziu a pessoa com deficiência a condição de incapazes e abjetos.

No entanto, o novo paradigma de análise dos direitos da pessoa com deficiência rompe com a tradição do instituto da capacidade na legislação civil e transforma o modelo vigente tutelar e de substituição em uma nova proposta de autonomia e apoio a pessoa com deficiência.

Deste modo, qualquer medida editada pelas funções estatais, sejam do judiciário, legislativo ou executivo, tanto no âmbito de alterações legislativas como de políticas públicas que busquem reafirmar o modelo tutelar estão em frontal contrariedade ao disposto no sistema convencional de direitos humanos.

Essas propostas, como é o caso do PLS n. 757/2015, esbarram no princípio constitucional da proibição de retrocesso e permitem o controle de constitucionalidade já que a convenção foi internalizada seguindo o procedimento do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e assim, trata-se de norma constitucional de direitos fundamentais. Da mesma forma, interpretações normativas que pretendam utilizar-se legislações de textura aberta para ressurgir o sistema tutelar devem ser controlados pelo princípio da proibição de retrocesso em claro modelo de filtragem constitucional e barreira retrocessiva.

Assim, as propostas legislativas atualmente em andamento no Poder Legislativo e as interpretações que se desviem da plena autonomia da pessoa com deficiência não passam pela barreira do controle de constitucionalidade e do princípio da proibição de retrocesso.

REFERÊNCIAS

ASIS ROIG, Rafael. Sobre la capacidad. **Repositório institucional Universidad Carlos III de Madrid**, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/7828>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BASSER, Lee Ann. Human Dignity. In: RIOUX, Marcia H.; BASSER, Lee Ann; JONES, Melinda. **Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law**. Leiden, Boston: Martinus, 2011.

BERGER, Ronald J. **Introducing Disability Studies**. USA: Bolder, 2013.

DINIZ, Debora; BARNES, Colin. **Deficiência e políticas sociais-entrevista com Colin Barnes**. 2013.

DINIZ, Debora; PEREIRA, Livia Barbosa; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. 2009. **Repositório UnB**. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/8216>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/14984>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

FERREIRA, Miguel. La discapacidad: entre la formalidad político-discursiva y experiencia in-corporada. **Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad**, n. 23, p. 20-32, 2017.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. **Envelhecimento e deficiência**. Repositório UnB. 2004. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/15195>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei no 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017.

PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. Madrid: 2007.

PRIEUR, Michel. Princípio de retrocesso ambiental. **Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, Distrito Federal, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em materia (socio) ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **VERBA JURIS-Anuário da Pós-Graduação em Direito**, v. 4, n. 4, 2005.

STEIN, Ashley Michael; LORD, Janet. Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: ARNARDÓTTIR, Mjöll Oddný; QUINN, Gerard (Ed). **The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. Leiden, Boston: Martinus, 2009.