



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

CAPACIDADE E CURATELA

Abril de 2016



Núcleo Especializado de
Direitos do Idoso e da
Pessoa com Deficiência

CONFORME A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Caros/as Defensores/as,

A Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015 – “LBI”) incorporou à legislação federal muitos dos parâmetros trazidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“CDPD”), em especial no tocante à capacidade civil.

A Convenção da ONU¹ reconhece o direito de que as pessoas com deficiência gozem de capacidade legal em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da vida. Assim, é fixada como obrigação dos Estados a tomada de medidas apropriadas para prover os apoios que necessitarem estas pessoas para o exercício pleno de sua capacidade (art. 12).

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em seu Comentário-Geral nº 1, interpretando o dispositivo em questão, afirma que os regimes legais baseados na substituição da decisão da pessoa (como a curatela) devem ser superados, com o estabelecimento de regimes baseados em apoios, para que as pessoas com deficiência tenham respeitada sua autonomia, vontade e preferências. Para ler a íntegra do comentário, [clique aqui](#).

A nova legislação não avançou na criação do leque de apoios preconizado pelas Nações Unidas (estabeleceu apenas uma modalidade – a tomada de decisão apoiada) e também não extinguiu expressamente o regime de curatela, que é uma forma de decisão substituída.

Nesse sentido, ainda que haja discussões no âmbito do controle de constitucionalidade/convencionalidade e da interpretação conforme,² o Núcleo Especializado de Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência apresenta as alterações trazidas pela nova Lei, como uma entre as diversas medidas que vem tomando para auxiliar a atuação da Defensoria Pública nesta área.

1) CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:

A pessoa com deficiência tem capacidade plena e dela deve gozar em igualdade de condições com as demais pessoas (CDPD, art. 12.2). Portanto, deficiência não é sinônimo de incapacidade.

Diante disto, a LBI alterou o rol de incapacidades absoluta e relativa do Código Civil: passam a ser considerados absolutamente incapazes **apenas** os menores de 16 anos, sendo excluída qualquer hipótese de deficiência (art. 3.º do Código Civil com a nova redação pela LBI).

Quanto aos relativamente incapazes, foram excluídos “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental incompleto”, permanecendo as seguintes hipóteses:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos: II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência);

1 Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo rito do §3º do artigo 5º da CRFB e, portanto, equivalente às emendas constitucionais

2 As quais vêm sendo objeto de reflexão e debate no âmbito do NEDIPED e, inclusive, com outros Núcleos Especializados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mas não encontram espaço para colocação nos limites deste documento.

IV – os pródigos

Assim, as pessoas com deficiência não podem ser consideradas incapazes pelo simples fato de serem pessoas com deficiência, mas, de acordo com a legislação, somente poderiam ser consideradas relativamente incapazes se incluídas em alguma das hipóteses previstas no art. 4º.

Acrescente-se, ainda, que a LBI estabelece proibições de limitação à plena capacidade civil das pessoas com deficiência e que, portanto, não podem sofrer qualquer restrição, mesmo que inseridas nas hipóteses do art. 4º.

*Art. 6º **A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa**, inclusive para:*

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

*Art. 85. § 1º 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.*

2) AVALIAÇÃO MULTIDISCIPLINAR:

O conceito vigente de pessoa com deficiência, trazido pela CDPD (art. 1º) e reiterado pela LBI (art. 2º), se afasta do anterior modelo médico, trazendo a questão da deficiência para além dos impedimentos (físicos, sensoriais, intelectuais ou mentais) experimentados, focando nas barreiras (urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, na informação, atitudinais ou tecnológicas, entre outras – LBI, art. 3º) que podem obstruir a participação plena e efetiva destas pessoas na sociedade em igualdade de condições com as demais.

Assim, uma verificação puramente médica não é adequada aos preceitos da CDPD e, portanto, não é suficiente para quaisquer questões envolvendo a deficiência. Desde modo, as avaliações não devem considerar apenas a Classificação Internacional de Doenças (CID), mas também (e principalmente) a Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF).

Não por acaso, a LBI trouxe disposições específicas a esse respeito:

Art. 2º § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência)

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.

Ocorre, porém, que a aplicação da CIF exige a elaboração de um instrumental específico, de modo que houve fixação de vacatio legis superior ao da própria lei. Assim, este instrumental não está disponível para avaliações de deficiência neste momento – o que não significa que a análise da deficiência não deva ultrapassar a questão meramente médica, dada a inauguração do chamado “modelo social” desde a ratificação da CDPD, tendo tornado obsoleta a abordagem exclusivamente médica.

3) TOMADA DE DECISÃO APOIADA:

O modelo trazido pela CDPD é o de apoio para o exercício da capacidade jurídica plena (art. 12.3), concomitante à superação do modelo de tomada de decisão substituída.

Em que pese a orientação das Nações Unidas para a disponibilização de diversas formas de apoio, a custo acessível ou nenhum, de intensidade variável e baseadas nas vontades e preferências da pessoa e não em suposto “superior interesse” objetivo, apenas um mecanismo foi trazido pela LBI.

Trata-se da “tomada de decisão apoiada”, a qual é estabelecida como **faculdade** das pessoas com deficiência, evidenciando seu caráter voluntário.

Nesse sentido, a medida (sempre) se apresenta como alternativa à curatela, quando assim o desejar a pessoa interessada:

*Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o **direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.***

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

A regulamentação do instituto foi assim delineada, em alteração ao Código Civil:

Art. 1.783-A. 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.

*§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem **apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores,** inclusive o **prazo de vigência** do acordo e o **respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa** que devem apoiar.*

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

*§ 4º A **decisão** tomada por pessoa apoiada terá **validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições,** desde que esteja inserida **nos limites do apoio** acordado.*

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa

apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, **a qualquer tempo, solicitar o término** de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

4) CURATELA:

As hipóteses de curatela foram bastante reduzidas pela LBI, tendo sido excluída, na linha das alterações do rol de incapacidades, a sujeição da pessoa com deficiência sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, a pessoa com deficiência mental ou os “excepcionais sem completo desenvolvimento mental”.

Restaram, conforme o CC/02 alterado pela LBI, as seguintes hipóteses:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II – (Revogado)

III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

IV – (Revogado)

V – os pródigos.

O rol dos incapazes e daqueles sujeitos à curatela, dada a evidente restrição de direitos, é considerado taxativo. Este tem sido o entendimento da doutrina civilista.³

Portanto, de acordo com a LBI,⁴ as pessoas com deficiência só poderão ser submetidas à curatela quando se enquadrarem em alguma das hipóteses acima, em igualdade de condições com as demais e nunca em razão da deficiência em si (o que caracterizaria discriminação pelas definições da CDPD – art. 2º – e da LBI – art. 4º).

Além disso, considerando a capacidade plena da pessoa com deficiência e que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, a LBI deixou absolutamente expresso que a **CURATELA SOMENTE PODERÁ AFETAR ATOS RELACIONADOS A DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL**.

3 Toda a sistemática da interdição reclama interpretação restritivista, não sendo possível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir pessoas capacitadas plenamente” (Farias, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil. Volu 1. 12.ª ed. Salvador: Editora JusPodivm) “A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que a ‘a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção” (Diniz, Maria Helena. Código Civil Comentado)

4 Não imune a críticas neste ponto, tendo sido expressamente apontada ao Brasil, pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a necessidade de derrogação de todas as disposições legais que perpetuem o sistema de substituição de decisões e garantia, em todos os casos, do direito ao apoio para a adoção de decisões (CRPD/C/BRA/CO/1, par. 25).

Nas alterações promovidas no Código Civil, a LBI foi além e circunscreveu tais atos àqueles constantes no artigo 1.782, referentes à restrita hipótese de limitação conferida, até então, apenas ao pródigo.

LBI:

*Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza **patrimonial e negocial**.*

Código Civil:

*Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os **limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782**, e indicará curador. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*

*Art. 1.782. A interdição do pródigo **só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração**.*

Conforme a LBI, a definição de curatela tem caráter absolutamente excepcional, trazendo condicionantes e salvaguardas para a garantia desta condição.

Além disso, vale lembrar que a curatela não é requisito para a concessão de benefício de prestação continuada (BPC), tanto pelo caráter excepcional da medida, quanto por orientações normativas expedidas pelo próprio INSS a respeito do tema⁵.

A medida também deve passar, além dos passos anteriores, pelo crivo da individualização e adequação ao caso concreto:

*Art. 84 § 3º **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***

A. NOMENCLATURA

O Direito das Pessoas com Deficiência tem seu histórico intrinsecamente ligado à superação de preconceitos e práticas discriminatórias, o que muitas vezes se relaciona às terminologias utilizadas para o tratamento do grupo e dos institutos a ele relacionados.

Nesse ponto, é importante salientar a busca da superação do termo “interdição” pela LBI, substituindo-o por “processo que define os termos da curatela”, conforme se verifica na alteração do art. 1.769 do CC pela LBI.

B. PEDIDO PROVISÓRIO

A LBI admite, em casos de relevância e urgência, a nomeação de curador provisório:

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil

Diante da excepcionalidade da situação de curatela e de todas as limitações já destacadas supra, bem como a necessidade de

⁵ Art. 493, §2º da Instrução Normativa nº 77/PRES/INSS, de 21/01/2015, que determina: “Não caberá ao INSS fazer exigência de interdição do beneficiário, seja ela total ou parcial, consistindo ônus dos pais, tutores, cônjuge, de qualquer parente, ou do Ministério Público, conforme art. 1.768 do Código Civil. Art. 18, Decreto n.º 6.214/2007, que afirma que “a concessão do Benefício de Prestação Continuada independe da interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência”

delimitação estrita pelo Juiz, dos atos afetados, não seria lógico que a curatela provisória abrangesse mais atos do que a decisão final afetará. Daí o caráter restrito, igualmente, da medida antecipatória.

C. CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

Na decisão judicial deve constar a **delimitação específica dos atos afetados pela medida**, com a **correspondente motivação** e adequação aos **interesses do afetado** (não sob o prisma do melhor interesse, mas da vontade manifestada, como recomenda a ONU – v. supra):

Art. 85 § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

Deste modo, torna-se essencial a fundamentação idônea para cada ato especificado, não sendo suficiente a indicação pura e simples de todos estes atos (o que equivaleria à prática vigente, até o momento, de fixação da interdição total na esmagadora maioria dos casos).

É importante lembrar que o limite máximo de afetação da curatela passa a ser aquele indicado nos artigos 1.772 c/c 1.782 do Código Civil, alterados pela LBI.

Também é importante observar a mudança do crivo de adequação das decisões alcançadas, que não mais deve se dar de acordo com um suposto “melhor interesse”, de natureza objetiva, mas com os interesses e preferências do próprio curatelado, de acordo com suas opções e decisões de vida, e não com o que se suponha que seja, na visão do julgador ou de qualquer terceiro, o melhor para aquela pessoa.

Além disso, houve uma preocupação em relação às pessoas com deficiência que se encontram institucionalizadas para que não haja a indicação do responsável pela instituição como primeira opção e que esta indicação recaia sobre alguém que tenha vínculos de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o institucionalizado.

Art. 85 § 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Ainda no tocante à escolha da pessoa do curador, houve uma preocupação da lei em considerar também a vontade e as preferências do interditando, assegurando-se a ausência de conflito de interesses ou influência indevida, além dos parâmetros de adequação ao caso concreto:

*Art. 1.772. [...] Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a **vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.** (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Por fim, a LBI trouxe ao Código Civil a possibilidade de curatela compartilhada.

*Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer **curatela compartilhada** a mais de uma pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*

D. MONITORAMENTO E CESSAÇÃO

A CDPD estabelece a necessidade de salvaguardas para quaisquer medidas relativas ao exercício da capacidade legal – entre elas, a duração mais curta possível e a revisão regular por uma autoridade judiciária competente, independente e imparcial

(art. 12.4).

Nesse sentido, a LBI consignou a prestação de contas periódica (anual):

*Art. 84 § 4º Os curadores são obrigados a **prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz**, apresentando o balanço do respectivo ano*

Para além da prestação de contas, momento em que será relevante a revisão da necessidade e proporcionalidade da medida adotada, é também importante salientar a preocupação da LBI com as condições de vida da pessoa submetida à curatela, estampada na redação conferida ao art. 1.777 do Código Civil:

*Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter **preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio**. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*

O dispositivo apresenta preocupação com a institucionalização das pessoas com deficiência, devendo ser garantido o direito à convivência familiar e comunitária, que não pode ser fragilizado, mas, ao contrário, deve ser favorecido (v. supra) pela curatela.

E. AVALIAÇÃO MULTIDISCIPLINAR

Para o procedimento relacionado à curatela já se encontra vigente dispositivo alterado do Código Civil, determinando o caráter multidisciplinar da avaliação a ser levada a efeito – o que é uma imposição legal, e não mera faculdade, inclusive em relação ao Juiz:

*Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que **deverá** ser assistido por **equipe multidisciplinar**, entrevistará pessoalmente o interditando. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*

5) NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ANTINOMIA APARENTE

A discussão sobre o regime da capacidade civil das pessoas com deficiência e da curatela ganhou um novo elemento com a entrada em vigor do Novo CPC, que traz disposições específicas sobre o procedimento de “interdição”.

Importante anotar que o Novo CPC (Lei 13.105/2015) foi promulgado em 16.03.2015 e publicado em 17.03.2015, com vacatio legis de 1 ano (art. 1.045), enquanto a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) foi promulgada em 06.07.2015 e publicada em 07.07.2015, mas com vacatio legis geral inferior, qual seja, de 180 dias (art. 127).

Como há tratamento diverso em relação a alguns pontos (a começar pela nomenclatura), é necessário verificar a aparente antinomia entre as normas e definir qual aplicável

Seguem os argumentos pela prevalência da LBI:

A. CRITÉRIO CRONOLÓGICO

A solução pelo critério cronológico demanda a identificação da lei posterior e da lei anterior. No caso da LBI e do NCPC, é importante verificar que há diferença na conclusão a partir do marco adotado – promulgação ou vigência.

A LBI foi promulgada posteriormente ao NCPC, porém o NCPC entrou em vigor após a LBI.

Nesse tema, há solução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, citando solução doutrinária, que se adequam à proposta

de que a Lei Brasileira de Inclusão tem prevalência, já que a vigência se deu antes do NCPC, o revogando, portanto, ainda na vacatio legis:

“HABEAS CORPUS” - DELITO DE ESTUPRO PRATICADO CONTRA CRIANÇA DE TRÊS ANOS DE IDADE - CRIME HEDIONDO - ALEGADO ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO FUNDAMENTADA - INAPLICABILIDADE DO ART. 263 DA LEI Nº 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)- VIGÊNCIA IMEDIATA DA LEI Nº 8.072/90 (LEI DOS CRIMES HEDIONDOS)- POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REVOGAÇÃO, AINDA QUE TÁCITA, DE LEI QUE SE ACHA EM PERÍODO DE “VACATIO LEGIS” - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - PEDIDO INDEFERIDO.

(STF - HC: 72435 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/09/1995, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-04)

A decisão cita expressamente, no voto do relator, a lição de J. DIAS MARQUES, aplicável com exatidão ao caso sob análise:

*“A lei revogatória deve ser posterior à lei revogada, determinando-se a posteridade pela data da promulgação e não pela entrada em vigor. Por isso, de duas leis, uma das quais foi promulgada primeiro e entra em vigor depois, e a outra que foi promulgada depois e entra em vigor primeiro, será esta que, em caso de contradição, deve prevalecer sobre aquela” (in “**Introdução ao Estudo do Direito**”, p. 264, 4ª Ed., 1972, Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa).*

Portanto, há argumentação no sentido da prevalência da Lei Brasileira de Inclusão, norma posterior.

B. CRITÉRIO DE ESPECIALIDADE

A antinomia aparente também encontra possibilidade de solução pelo critério da especialidade.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência tem por escopo assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (art. 1º), ou seja, conteúdo de direito material, desenvolvendo em legislação infraconstitucional os direitos humanos assegurados pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (parágrafo único do art. 1º).

Já o Código de Processo Civil traz a sistematização das normas processuais no País, dando conta do processo em geral e, ainda, de alguns procedimentos específicos, entre eles o da “interdição”.

Deste modo, resta claro que a disciplina da capacidade jurídica, direito de natureza evidentemente material, encontra na LBI a sua regulamentação especial, e não no NCPC.

Em arremate, o próprio NCPC indica que o processo civil deve ser ordenado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição (integrada hoje pela CDPD), evidenciando sua natureza instrumental à realização dos direitos humanos – cujo conteúdo é estabelecido, na espécie, pela CDPD e esmiuçado pela LBI.

Assim, a legislação especial é a Lei Brasileira de Inclusão, a qual, também por este motivo, merece primazia.

C. CRITÉRIO DE HIERARQUIA

Embora ostentem tanto a LBI quanto o NCPC a hierarquia de legislação ordinária, é certo que a primeira, declaradamente, “*tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de*

2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno” (parágrafo único do art. 1º).

Deve, pois, ter primazia a normativa mais próxima dos postulados constitucionais na matéria, ou seja, aqueles estabelecidos pela própria CDPD – o que se verifica de maneira mais acentuada⁶ na LBI.

Destarte, também por este critério merece privilégio a fonte trazida pela Lei Brasileira de Inclusão.

D. CRITÉRIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Importante notar que, como é padrão nas normas internacionais de direitos humanos que a inspiram, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência traz em si a cláusula da norma mais favorável, abrindo espaço à aplicação de normas que mais privilegiem os direitos das pessoas com deficiência:

Art. 121. Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria.

*Parágrafo único. **Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência.***

Assim, diplomas normativos que avancem nos direitos deste grupo deverão ser contemplados, no aspecto em que garantam de forma mais robusta os direitos humanos das pessoas com deficiência.

Por evidente, o maior benefício deve ter por base os princípios e vetores trazidos pela diretriz constitucional e internacional vigente na matéria, qual seja, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nesse aspecto, têm espaço os **avanços** trazidos pelo NCPD, preservadas as disposições e orientações da LBI comentadas supra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são, em linhas gerais, as principais alterações ocorridas em decorrência da entrada em vigor da Lei Brasileira da Inclusão. A análise, entretanto, da aplicação efetiva destas alterações só será possível na prática, quando os problemas e dúvidas começarem a surgir.

Diante disto, a Coordenação do NEDIPED se coloca, como de costume, à disposição dos/as colegas para reflexão conjunta e suporte necessário nesta e nas demais temáticas afetas à sua atuação.

Atenciosamente,

FELIPE HOTZ DE MACEDO CUNHA
Defensor Público Coordenador Auxiliar do NEDIPED

MARIANA TONOLLI CHIAVONE DELCHIARO
Defensora Pública Colaboradora do NEDIPED

RENATA FLORES TIBYRIÇÁ
Defensora Pública Coordenadora do NEDIPED

6 Embora não isenta de críticas, o que, conforme já pontuado, não tem espaço neste documento.



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO