
**PROTEÇÃO ESTATAL, INFORMAÇÃO E A CAPACIDADE DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

***STATE PROTECTION, INFORMATION AND THE CAPACITY OF
PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE PERSPECTIVE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS***

PHILLIP GIL FRANÇA

Pós-doutor (CAPES_PNPd), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor da graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

RESUMO

Para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção de compartilhamento social de informação em prol da pessoa protegida pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, que tem como partícipe primordial o poder público. Esse é o caminho que as pessoas possuem para a construção *do seu discernimento relativamente livre*. Desta maneira, exercitam a capacidade de escolha que possuem de acordo com sua racionalidade

(logicamente, influenciada pelas externalidades do ambiente social em que vivem). Nessa linha, o cidadão, conforme suas convicções, preferências e interesses, aproxima sua liberdade de gerenciamento da informação da ideia do *ser livre* e soberano de si. Contudo, não possui soberania esse *homem social* detentor de deveres e direitos perante si e os outros que compõem este ambiente social, pois estão todos sob a tutela do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência; Proteção estatal; Direitos fundamentais; Informação.

ABSTRACT

For the exercise of idealized democracy in the constitutional text, it can not be possible to escape of the conception of social information sharing in favor of the person protected by the Statute of Persons with Disabilities, which has as main participant the public power. This is the way people have to build their relatively free discernment. In this way, they exercise their capacity to choose according to their rationality (logically, influenced by the externalities of the social environment in which they live). In this way, the citizen, according to his convictions, preferences and interests, approximates his freedom of information management of the idea of being free and sovereign of itself. However, this social man who has duties and rights to himself and the others who make up this social environment does not have sovereignty, since they are all under the tutelage of the State.

KEYWORDS: People with disabilities; State protection; Fundamental rights; Information.

INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência, por imposição da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estão a merecer tratamento mais digno no

Brasil, especialmente a partir da edição da Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Isso porque, o aludido contexto legislativo supera o discriminatório tratamento até então conferido pelo Código Civil, que as considerava no plano da incapacidade. Os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, de forma genérica e abstrata, considerava como incapazes as pessoas que não tinham razoável condição de discernimento. Ainda piores eram as disposições do Código Civil de 1916, que nos arts. 5º e 6º, fixavam as pessoas com deficiência como “loucos de todo o gênero”, desconsiderando de forma criticável as realidades da vida.

A denominada teoria das incapacidades se explica na dupla ideia de “capacidade de fato” e “capacidade de direito”, nos termos do que dispõe o art. 1º do Código Civil de 2002 e art. 2º do Código de 1916 e, na perspectiva das pessoas com deficiência, conformava-lhe, repita-se, abstratamente, a condição de incapaz.

Não se tinha por mister apurar as peculiaridades e condições próprias do “doente”, tão somente inseria-o em um grupo diferente das pessoas consideradas “normais”.

Aludido estado de coisas recebe giro copernicano com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que revoga expressamente a condição de incapaz da pessoa assim compreendida no texto legislado. Mas não foi o Estatuto que promoveu tal modificação, como se tem defendido em excelente doutrina, mas, sim, a Constituição Federal de 1988, no momento em que recepcionou a Convenção da ONU mencionada.

Essa perspectiva, no entanto, não é pacífica no que se refere à qualidade da proteção que a pessoa com deficiência recebe com a Convenção e com o Estatuto, especialmente pelo fato de que ao deixar de ser incapaz “perderia” as garantias que o Código Civil – por exemplo – lhes concede. Um exemplo inicial e pontual é o benefício de contra si não correr a prescrição.

O presente texto tem por intuito apresentar algumas breves reflexões no sentido de contrariar essa reducionista compreensão, na tentativa de ofertar fundamentos que permitam reconhecer na pessoa com deficiência sua absoluta capacidade. Isso, sem se olvidar da merecida proteção que continua a existir no

direito pátrio, mas que, doravante, sob o viés constitucional, permite um olhar hermenêutico-prospectivo sobre a legislação infraconstitucional.

A interpretação, a integração e a aplicação do direito ao caso concreto, com hercúleo labor fulcrado nos direitos fundamentais e na sintonia teleológica, auxiliará na construção de um modelo que fomente a consideração da pessoa a partir de suas potencialidades, desejo final da normatização internacional a que o Brasil aderiu.

A Convenção de Nova Iorque – como também é denominada – foi recepcionada pelo direito brasileiro com a importante função de prestigiar a diversidade e conscientizar sobre a necessária proteção da autonomia e da *igualdade* das pessoas com deficiência, garantindo-lhes o livre desenvolvimento de suas personalidades, no contexto da dignidade, posto que direito fundamental. O que se deseja é a consideração da igualdade de todos, sem distinção.

Mister compreender –se, portanto, o alcance do atual debate sobre a capacidade civil da pessoa com deficiência, por meio do trilhar de novos e mais humanos caminhos sobre o sistema (ou teoria) das (in)capacidades. Como se verá, esse trajeto não deve tomar rumo de retrocesso ao sistema pretérito do Código Civil, como está em curso em criticável Projeto de Lei do Senado (VALADARES; PAIM, 2015), que pretende ressuscitar os arts. 3º e 4º fazendo ressurgir a incapacidade das pessoas com deficiência.

Outro fator preponderante será a participação do poder público, na construção de mecanismos de informação e fiscalização para a efetivação dos direitos garantidos a essas pessoas

Imperioso, nesse duto de ideias, que o poder público atue na proteção das pessoas com deficiência, nos moldes do que pretende a Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, inclusive e decisivamente por meio do Poder Judiciário, na concretização das promessas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Nesse conjunto de afazeres é que se concentrará o presente estudo, com as naturais limitações temporais e espaciais de um artigo que pretende, acima de tudo, fomentar o debate acerca de tão relevante tema.

2 O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A pessoa com deficiência tem constitucionalmente assegurado o direito de livremente determinar-se e desenvolver todos os atributos de sua personalidade, eis que preserva e reforça sua dignidade.

A capacidade liberta e permite que a pessoa possa agir em todos os atos da vida civil que consiga, com apoio – por tomada de decisão apoiada ou curatela – quando for necessário, sempre merecendo ressaltar que a curatela não é mais total, mas densificada e fixada pelo juiz para atos específicos a que a pessoa necessitar.

Como bem frisado por Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 232):

Inegável que a regra do “tudo ou nada” foi proibida pela Convenção. Na prática, era comum decretar-se a interdição para todos os atos da vida civil. E, com isso, havia uma restrição completa ao exercício da cidadania da pessoa, mesmo que ela pudesse praticar determinados atos. Mesmo que a pessoa fosse qualificada como relativamente incapaz, a restrição não se vinculava às potencialidades da pessoa, mas, simplesmente, em um status definido abstratamente pela norma do artigo 4º do Código Civil. Vejamos um exemplo bem singelo. Uma pessoa com limitações intelectuais pode, perfeitamente, ir à padaria, comprar pão, leite, fazer pequenas transações, sem qualquer necessidade de atuação de seu curador. Esse gesto, que pode parecer simples para muitos, pode representar um grande momento na vida dessa pessoa, entregando-lhe a responsabilidade desse ato, que colaborará para a sua inclusão social, dentro dos limites de sua capacidade e de sua segurança.

De fato, a curatela, doravante, é medida a ser analisada caso a caso, com vistas a alcançar a exata necessidade da pessoa a ser apoiada e auxiliada nos exatos procedimentos da vida em que lhe seja necessário. Não existe mais, e parece de todos sabido, a curatela absoluta e para todos os atos, conforme determina o art. 84, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para que se efetivem restrições à autonomia da pessoa, mister que se apure, como afirmam Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 55), “o discernimento e interesse subjacente à situação subjetiva em concreto.”

A regra anterior de incapacidade legal prevista nos arts. 3º e 4º do Código Civil discriminava mais do que protegia, pelo simples fato de que era abstrata e geral, rotulando a todas as pessoas que pudessem ter algum grau ou espécie de deficiência, que invariavelmente alcançava o agressivo resultado de um processo de interdição, no qual se lhes restringiam todas as atitudes, quer de intimidade, quer de patrimônio.

A Convenção, cuja natureza jurídica é de Emenda à Constituição, posto que recepcionada nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, especifica textualmente que a pessoa com deficiência é capaz (tem capacidade legal) e esta capacidade não é, nem de longe, somente a capacidade de direito. Trata-se de capacidade de fato, de exercício, pois se assim não fosse não estaria explicitado “em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida” (art. 12.2, parte final).

A capacidade liberta e densifica o princípio da dignidade humana, na exata dimensão acima, ou seja, a pessoa com deficiência se sente inserida na vida e na igualdade que deve existir entre ela e todas as demais pessoas.

A Constituição Federal de 1988, ainda, protege expressamente a pessoa com deficiência em diversos momentos, especificamente nos arts. 7º, XXXI; art. 23, II; 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV, V; art. 208, III, IV; art. 227, §1º, II, §2º; art. 244.

Rubens Limongi França (FRANÇA, 1988, p. 43), saudoso jurista, entendia que os direitos da personalidade podiam ser classificados e explicados a partir da perspectiva de integridade. A Convenção de Nova Iorque também caminhou nesse sentido ao determinar no art. 17 que “Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.”

A integridade tem a ver com a liberdade de autodeterminação, e a Constituição, como visto, determina que o Estado não só não impeça, como fomenta a construção da capacidade da pessoa com deficiência em condição com as demais pessoas. Isso serve, também, como elemento de densificação do princípio da igualdade, que é direito fundamental.

A pessoa não se desenvolve livremente se for incapaz, por não poder autodeterminar-se e agir em condição de igualdade com os demais. A Convenção

repete algumas dezenas de vezes a oração “em condições de igualdade com as demais pessoas” não é à toa.

Não é a designação e o rótulo de incapaz que vai proteger a pessoa com deficiência. Ao contrário, essa condição foi banida do sistema jurídico brasileiro e não tem mais lugar, sob pena de inconstitucionalidade.

No sentido da Convenção, e para complementar seu aspecto normativo, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) garante a capacidade das pessoas com deficiência¹, especificando cuidadosamente diversos aspectos da vida em sociedade, cuja dúvida poderia surgir ao intérprete.

O art. 84 do EPD, mantendo a mesma sintonia, esclarece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Como já se vinha expondo neste texto, quando houver necessidade a pessoa será submetida a curatela ou tomada de decisão apoiada, mas, sempre, como determina o § 3 do dito artigo, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível.

Em outras palavras, é direito fundamental da pessoa com deficiência ser considerada e reconhecida, jurídica e socialmente, como capaz. Essa fundamentalidade está densificada nas aplicações do princípio da igualdade até agora reiterados, que convergem em igual preenchimento dos elementos necessários para bem construir a dignidade da pessoa humana neste contexto.

É digna a pessoa com deficiência que tem condições de, nas palavras da Convenção e do EPD, ser tratada e respeitada “em condições de igualdade com as demais pessoas”. (Vc pode retirar essa parte, está repetitiva).

A indagação que não cala – e com alguma razão – é: como proteger a pessoa com deficiência, então, se sua situação não estiver exatamente subsumida à letra da lei? Quer-se dizer, não sendo ela incapaz, como pode ser protegida como era antes pela letra gramatical do Código Civil, como por exemplo no caso na não prescrição?

¹ 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.

Para construir essa resposta, faz-se necessário e razoável entender a “crise” que vivencia a doutrina nesse tema. Pode-se afirmar, no entanto, que quaisquer tentativas de retomada da incapacidade por lei ordinária (PLS 757/2015), que “represtinará” os art. 3º e 4º do Código Civil, são equivocadas por conta da inconstitucionalidade. O caminho é hermenêutico, mas, se preferirem os defensores da construção legislativa, a alteração deve tomar rumo diverso do retrocesso da incapacidade. É o que se segue.

3 O ATUAL DEBATE SOBRE A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Clóvis Beviláqua (1921, p.165) ao tratar do art. 2º do Código Civil de 1916² expõe: “Capacidade é e extensão dada aos poderes de acção, contidos na personalidade. Neste artigo, não se trata de capacidade de facto, que é o limite da personalidade. Aqui o Código define, antes, a personalidade, que equivale á capacidade de direito. Afirma que todo homem é pessoa, no sentido jurídico da expressão.” (sic)

Da lição do codificador fica fácil lembrar o que a doutrina pacífica orienta: a capacidade de direito todos tem – sinônimo de personalidade jurídica da pessoa natural –, mas a capacidade de fato – também chamada de exercício – exige a complementação do agir pelo atuar de um representante (incapacidade absoluta) ou de um assistente (incapacidade relativa).

Esse estado de coisas, no que se refere às pessoas com deficiência, vigorou no direito brasileiro até janeiro de 2016, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já bem visto.

A referida lei cria uma nova teoria das incapacidades dentro do direito civil brasileiro, reduzindo hipótese de incapacidade por questão de “saúde” tão somente àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (atual art. 4, III, do Código Civil).

² Art. 2. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.

Aludida alteração, também como já se mencionou, aconteceu antes mesmo da Lei Brasileira de Inclusão, ou seja, com o ingresso no direito brasileiro da Convenção de Nova Iorque – a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – recepcionada pelo direito interno, como Emenda Constitucional nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Com a aludida Emenda Constitucional relativa à ratificação da Convenção de Nova Iorque, não há mais incapacidade para pessoas com deficiência no Brasil, especialmente por conta de seu art. 12, que estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Não obstante, ainda está em construção no Brasil a consciência da força normativa da Constituição, ou seja, lamentavelmente a maioria dos juristas insistem em preferir a lei ordinária à Constituição, em absoluto demérito à hierarquia das normas.

Por este motivo, é voz corrente que foi o Estatuto a efetivar a alteração do ordenamento jurídico brasileiro, e não a Convenção que, infelizmente, muitos sequer conhecem. Nesse caminho tortuoso, acaba-se por fomentar razoável confusão na compreensão do novo sistema, em detrimento do Direito e das realidades das pessoas.

Mas não é só de confusão que vive o EPD. Grandes doutrinadores preferem ponderar sobre situações jurídicas que devam favorecer as pessoas com deficiência e temem que as sensíveis alterações na centenária teoria das incapacidades possam causar prejuízo a esses direitos.

Por todos, mencionem-se os escritos de máxima relevância do notável Professor do Largo São Francisco, José Fernando Simão (SIMÃO, 2016), os quais estão no sentido de que o EPD, nessa medida da capacidade, é mais prejudicial do que vantajoso, uma vez que diversos direitos constantes do Código Civil se colocam tão somente ao dispor das pessoas incapazes. Ao não envergarem mais esta condição, as pessoas com deficiência não poderiam ter a seu favor as proteções de outrora.

De outra senda, Paulo Lôbo (LÔBO, 2015) defende que a Convenção de Nova Iorque foi a norma a alterar o Código Civil e que o Estatuto tão somente

exteriorizou de maneira mais objetiva a atitude legislativa. Para o autor, descabida qualquer situação que retroceda à condição de incapacidade das pessoas com deficiência (LOBO, 2015)

Joyceane Bezerra de Menezes (MENEZES, 2015), na mesma perspectiva, apoia a alteração do sistema das incapacidades, especialmente pelo conteúdo da Convenção que veda qualquer discriminação e redução da esfera de capacidade da pessoa com deficiência.³

Alexandre Barbosa da Silva (SILVA, 2016, p.245-247), na linha dos últimos, defende que não foi o EPD o grande articulador da capacidade plena das pessoas com deficiência, mas a Constituição Federal, ao trazer ao ordenamento a Convenção de Nova Iorque, que determina a capacidade plena às pessoas com deficiência.

Este texto caminha no sentido destas últimas ideias, ou seja, crê-se na efetiva intenção de modificar o sistema clássico de incapacidades, retirando qualquer pessoa que tenha deficiência de seu alcance.

Acredita-se, portanto, que foi essa a intenção da Convenção a que o Brasil aderiu, e por conta do que se obrigou a implementar a legislação e a instrumentalizar os direitos garantidos na norma internacional. Por isso, e não por simples vontade do legislador, surge o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De todo o quadrante aqui trabalhado, já é possível afirmar que é tempo de compreender a razão de todo o conteúdo legislativo construído em prol das pessoas com deficiência, reforçando-se a intenção protetiva da Constituição, na conscientização de todos sobre os novos tempos que precisam se firmar.

Cabe ao Direito se amoldar às contemporâneas realidades dessas pessoas que carecem de proteção, respeito, igualdade e afirmação na sociedade, e não estas se manterem adequando forçadamente aos antigos postulados jurídicos da incapacidade, tão somente por conta da cultura jurídica e da tradição histórica de um formato normativo.

Nesse contexto, faz-se imediato que se abram mentes e corações para uma nova realidade: a da plena capacidade das pessoas com deficiência, através da pavimentação de uma vereda em que seja construída com mais humanidade,

³ Vide seu estudo em: MENEZES, 2015..

edificando-se um sistema de capacidades, superando-se o anterior, de incapacidades.

Possível afirmar que a capacidade da pessoa com deficiência lhe possa trazer prejuízos, como já se demonstrou ser entendimento de parcela respeitável da doutrina. Isso, se for mantido o antigo estado de coisas referente à invisibilidade dessas pessoas na sociedade. Para mudar-se o “*status quo*” é importante que se dê visibilidade à situação das pessoas deficientes na sociedade e no Direito.

Em outras palavras, se o dever de informação previsto da Convenção de Nova Iorque, na Constituição e no EPD for efetivamente operacionalizado, com a conscientização dos direitos e deveres de todos os envolvidos, na proteção determinada na legislação internacional e nacional de regência, será possível acreditar-se na plena aceitação e consciência da total capacidade da pessoa com deficiência, com respeito a seus atos e especificação das consequências a partir de cada caso concreto, conforme já se percebe em relação às demais pessoas.

Peça chave, portanto, para a efetivação dos direitos em debate, é a boa gestão da informação, que terá o poder público como principal ente viabilizador.

4 A POSIÇÃO DO PODER PÚBLICO NA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A BOA GESTÃO DA INFORMAÇÃO

A proteção das pessoas com deficiência é dever constitucional do Estado e de todos os seus partícipes, não só pela determinação de construção de uma sociedade solidária expressa no art. 3º, I da Constituição Federal, mas, também, do disposto em seu art. 23, I, que determina o dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de cuidar da saúde e da assistência pública garantidos a essas pessoas.

De igual forma, o art. 24, XIV, do texto constitucional, estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e a integração social das pessoas com deficiência. Ainda, exemplificativamente, sem excluir outras disposição constitucionais que indicam o dever de proteção estatal, a Constituição traz no art. 203, IV, como objetivos da

assistência social, a habilitação e a reabilitação das pessoas ora em comento, com a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

De forma geral, a Constituição indica o caminho para que o Estado promova a inclusão, visando a que o desenvolvimento intersubjetivo de todos que lá estão ocorra de forma proporcional e, concretamente, de modo a criar um amanhã melhor a todos que são iguais em direitos e deveres, conforme uma ideia de isonomia material – protegida pela própria Constituição (art. 5º da CF/88).

Para tanto, essencial se faz o bom uso de um poderoso instrumento: a informação.

É de pouca serventia diplomas jurídicos que determinem deveres, sem que se promova a adequada informação sobre elas, para aprimorar culturas ou readequar antigos hábitos sociais que atualmente promovam a exclusão e não a inclusão de semelhantes, igualmente diferentes entre si. E a cultura que se propõe aqui, objetiva, é a cultura de inclusão das pessoas com deficiência, como forma de promoção concreta dos objetivos da República impressos no art. 3º da Constituição, de modo a viabilizar o desenvolvimento intersubjetivo, proporcional e sustentável de todos os envolvidos na tutela estatal, conforme os valores constitucionais fundados na dignidade da pessoa humana.

Logo, a informação é um dos principais instrumentos a ser bem utilizado em prol desse desiderato de bom desenvolvimento intersubjetivo, pela via da constante gestão responsável do que é público. E a tutela da pessoa com deficiência é dever, inclusive, público, conforme expressões constitucionais já indicadas. O manejo da informação voltado ao bem do homem-cidadão que tenha alguma deficiência, também criador legítimo do Poder estatal, é ato primordial para a aferição de prosperidade de qualquer Estado.

A relevância da gestão da *informação como forma de poder* é facilmente detectada nos altos níveis de sua troca e gerenciamento,⁴ principalmente quando

⁴ Como mencionado, acredita-se que a democratização da informação é uma importante peça na engrenagem do objeto proposto neste estudo.

se mencionam aquelas informações chamadas *privilegiadas*, ou, *v.g.*, as fundamentais para a celebração de um grande contrato de concessão de serviço público, restritas ao atendimento de interesses de poucos. Por outro lado, existem outras que concedem poder ao homem comum⁵, popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites. Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização.

Observa-se, com essas lentes, as comunicações a partir de redes eletrônicas como uma das expressões mais próximas da dinâmica evolução tecnológica iniciada no último século, sentida no cotidiano, a partir da gestão pública de informações socialmente relevantes. Isto porque, altíssimos investimentos para o despontar de inovações que viabilizem novas e atraentes formas de comunicação e acesso à informação trilham os caminhos das grandes multinacionais do setor.

No cenário internacional – EUA e União Europeia – há muito tempo se observa a batalha por novos mercados de atuação, tendo, dessa forma, uma regulação setorial relativamente estável e já com o mínimo de determinação norteadora das políticas públicas normativas propiciadoras de seu desenvolvimento.

A invasão desses investidores estrangeiros no Estado nacional aconteceu, principalmente, com a quebra do monopólio estatal de prestação do serviço público de telefonia, ocorrida com a EC 08/95.⁶ Após a abertura à iniciativa privada do

⁵ Poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida.

⁶ Para demonstrar pragmaticamente toda a evolução mencionada, em especial nos serviços de telecomunicações, segue um breve relato histórico dos marcos legislativos deste serviço, no ambiente nacional: em meados da década de 60, com a vigência da Constituição Federal de 1946, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante correspondente outorga. Em um universo de aproximadamente 1.200 empresas do ramo no País (a maioria de médio e pequeno porte), não se falava em coordenação nem em diretrizes comuns de progresso e integração dos sistemas, ocasionando grande obstáculo ao desenvolvimento e bom desempenho do setor. Anote-se que as ligações da época detinham baixa qualidade técnica – interligavam poucas cidades – e raras eram as chamadas internacionais. Ainda, ocorria uma centralização geográfica da execução desses serviços telefônicos, pois cerca de 60% de sua prestação concentrava-se no centro-leste do País e eram explorados pela CTB – Companhia Telefônica Brasileira, de capital canadense. Diante dessa realidade, a partir da edição da Lei 4.117, de 27.08.1962, o governo criou o Código Brasileiro de Telecomunicações. Esta lei foi o primeiro grande marco na história das telecomunicações no Brasil e, entre outros, versavam sobre os seguintes aspectos: criação do Sistema Nacional de Telecomunicações, com vistas a uma prestação integrada; a transferência da competência sobre os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual para a União; a instituição de um Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel) e sua respectiva secretaria executiva, o Departamento Nacional de Telecomunicações (Dentel). Em 1962, o governo federal decretou intervenção na CTB e em 1966 foi

mercado de comunicação, via transmissão de sons e dados de pontos determinados, o País se deparou com uma inédita avalanche de desenvolvimento, como, por exemplo: (a) das relações interpessoais; (b) das relações negociais; (c) do acesso a informações; (d) da otimização de troca de dados; (e) do fenômeno de sinergia cultural entre povos.

Esse exemplo ilustrativo demonstra o quanto é presente e relevante a busca pela compreensão do significado e do fito do controle do serviço público prestado preponderantemente⁷ por empresas privadas. De igual maneira, como essas atividades públicas – coberta por todos os valores, sujeições e prerrogativas do regime público – devem estar também, agora, sob a batuta dos empresários

concretizada a compra das suas ações pela Embratel. Nesse cenário, em 1963, o Contel aprovou diretrizes para estabelecimento das tarifas dos serviços de telecomunicações que não vieram a ser aplicadas, ocasionando – já em 1966 – a regulamentação da participação financeira dos pretendentes à aquisição de linhas telefônicas, fato que gerou grande expansão dos serviços de telefonia do Brasil. A questão de outorga de concessão do serviço telefônico somente foi definida com o Dec.-lei 162 de 13.02.1967, quando a União consolidou este poder para si, conforme consolidação ocorrida na respectiva Constituição. Assim, o Ministério das Telecomunicações, criado pelo Dec.-lei 200, de 25.02.1967, assumiu as competências do Contel e melhorou significativamente os serviços interurbanos e internacionais, fato não verificado nos serviços locais. Posteriormente, em 1971, o governo cogitou criar uma entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, obter os recursos financeiros necessários à implantação de sistemas e serviços de telecomunicações e controlar a aplicação de tais recursos mediante participação acionária nas empresas encarregadas da operação desses sistemas. Desta maneira, surgiu a Telebrás, efetivada mediante a Lei 5.792, de 11.07.1972, que transformou a Embratel (constituída em 1965) em sociedade de economia mista, subsidiária da Telebrás e vinculada ao Ministério das Telecomunicações. A Telebrás passou a adquirir e absorver as empresas que prestavam serviços telefônicos no Brasil, sendo, a partir do Dec. 74.379 de 1974, considerada “concessionária geral” para exploração dos serviços públicos de telecomunicações em todo o território nacional. O Sistema Telebrás detinha cerca de 90% da planta de telecomunicações do País. O seu controle acionário inicialmente era da União, com pouco mais de 50% de suas ações ordinárias, sendo que, da totalidade do capital, apenas 22% eram da União. A maior parte das ações era de particulares, com 25% de estrangeiros e o restante nas mãos de 5,8 milhões de acionistas. Nesse período, a grande maioria dos terminais telefônicos localizava-se nas áreas urbanas, resultado da incapacidade de manutenção no controle de investimentos ao longo do tempo. Com o advento da Constituição de 1988, apenas a União – diretamente ou por concessões a empresas sob controle acionário estatal – detinha a competência para a prestação do serviço público em destaque. Em 1994, o programa de governo “Mãos à obra, Brasil”, de Fernando Henrique Cardoso, evidenciou a preocupação do Poder Público Central em inserir o Brasil no grupo das nações que primam por uma integração da sociedade pelos meios de comunicação. Assim posto, surgiu a EC 8, de 15.08.1995, que alterou o inc. XI e a alínea a do inc. XII do art. 21 da CF, quando se abriu o mercado de serviço público de telecomunicações à iniciativa privada. Finalmente, para concluir este resumo dos marcos legislativos históricos do serviço telefônico nacional, em 16.07.1997, surgiu a Lei Geral das Telecomunicações – Lei 9.472/97, que dispôs sobre os serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC 8/95.

⁷ Isso porque há ainda sociedades de economia mista ou empresas que prestam, também, serviços não mais monopolizados. Cita-se o exemplo da Copel, no Estado do Paraná, na distribuição de energia.

privados, possuídos pela notória índole capitalista de subsistência, mediante o lucro e demais apegos corporativos, econômicos e técnico-desenvolvimentistas.

De todo modo, é de se observar como todos esses envolvidos nos novos tempos de informação democratizada devem estar, necessariamente, comprometidos com os deveres constitucionais de acolhimento e de inclusão concreta das pessoas com deficiência não só nos seus planos de crescimento setorial, mas, também, tendo tais pessoas com deficiência como destinatários proporcionalmente preferenciais de suas tarefas primordiais.

Assim, imprescindíveis o estudo e a análise do aperfeiçoamento da gestão estatal das atividades reguladoras desses novos anseios da sociedade nacional, com o desiderato de viabilização de um efetivo controle da atuação estatal em prol das pessoas com deficiência, tendo como norte o dever de guarda e de atendimento do seu criador e propulsor: a pessoa.

Vale lembrar que a realidade em que hoje se vive, de informação rápida e dividida entre os mais altos graus hierárquicos institucionais e o mais comum do povo⁸, traz ao Direito a necessidade de revisão da ideia de democracia e de controle estatal – com destaque ao de verificação do atendimento do seu dever constitucionais de tutela especial das pessoas com deficiência. Conseqüentemente, esse contexto induz à reconsideração do entendimento sobre a proposta de um Estado minimamente ordenado e promotor de um responsável desenvolvimento⁹ de sua estrutura.

Efetivamente, para o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode fugir da concepção de compartilhamento social de informação em prol da pessoa protegida pelo EPD, que tem como partícipe primordial – quer na efetiva divulgação dos direitos, quer na fiscalização o quanto informado – o poder público. Esse é o caminho que as pessoas possuem para a construção *do seu discernimento relativamente livre*.¹⁰ Desta maneira, exercitam a

⁸ Tendo em vista o atual papel da internet, telejornalismo, radiodifusão, imprensa escrita e outras formas de propagação da informação.

⁹ Adilson A. Dallari leciona: “No século XX, a terceira revolução O desenvolvimento social que a informação trouxe é inegável, a partir do século XX, com advento de máquinas viabilizadoras de sua disseminação. Não se esquece dos pontos negativos, mas estes ainda não superam os positivos”.

¹⁰ Toda forma de esclarecimento que compõe o discernimento de uma pessoa, uma vez inserida em uma determinada sociedade, é condicionada ou decorrente de inúmeros fatores externos

capacidade de escolha que possuem de acordo com sua racionalidade (logicamente, influenciada pelas externalidades do ambiente social em que vivem¹¹).

Nessa linha, o cidadão, conforme suas convicções, preferências e interesses, aproxima sua liberdade de autogerência da informação da ideia do *ser livre* e soberano de si. Contudo, não possui soberania esse *homem social* detentor de deveres e direitos perante si e os outros que compõem este ambiente social.

Necessariamente, o *homem social* divide suas experiências com seus semelhantes, pois a liberdade conquistada com o acúmulo e a capacidade de gerenciamento das informações interpessoais o torna mais próximo da sua autonomia como um ativo elemento social.¹² Essa liberdade limitada (autônoma, logo, decorrente – não originária) é concedida pelo Estado – ente criado pelo mesmo homem para gerir as inúmeras liberdades intersubjetivas que se entrelaçam em uma determinada sociedade.

É dever irrenunciável do Estado viabilizar o exercício de cada *liberdade autônoma* da melhor forma e para o maior número de pessoas possível, mesmo que seja necessário limitá-la de forma mais contundente sob um determinado aspecto (ou pessoas), ou sob outro, em prol do exercício e da realização do constitucional Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, parte-se da ideia de que o efetivo *esclarecimento*, para um *livre*¹³ discernimento, é pressuposto democrático e, conseqüentemente, do controle do deveres do Estado (inclusive o de proteger as pessoas com deficiência), em razão de seu papel para a racional atuação do *homem social, como cidadão*.

(interesses intersubjetivos, consumo, política, ideologias de determinados grupos etc.), logo, não há como falar de uma capacidade de discernimento totalmente livre.

¹¹ Conforme explicação da nota anterior.

¹² Relata Carlos Alberto Molinaro que “o aforismo latino *ubi societas, ibi ius* bem revela o lugar do direito. É no espaço social que o direito tem lugar, como fenômeno jurídico que é, só existe na tessitura do social, tramado na história que se desenvolve neste campo, comprometido com o tempo social. O direito está ali, onde se faz a *divisão do trabalho* (em ambiência natural ou cultural) que é um fator fundamental da organização da sociedade; portanto, quanto mais complexa e diferenciada a *divisão do trabalho*, mais elevado o índice de progresso e civilização da sociedade dentro do primado da solidariedade orgânica, e mais bem-elaborado é o direito. É nesse *cronotopos* social que o direito se revela, equilibrado, também como *permissão*, como atribuição de poder, *potencia moralis*, dizia Leibniz, que permite ao sujeito o uso de suas faculdades. Essa permissão, ou no plural, permissões, nos são atribuídas por meio *das* normas jurídicas, e não *pelas* normas jurídicas, e têm eficácia no seu particular espaço de juridicidade” (MOLINARO, 2007. p. 43).

¹³ Liberdade, logicamente, não absoluta, pois tal liberdade precisa – necessariamente – conviver com as demais compartilhadas em um mesmo grupo social.

Posta essa noção acerca da *informação*, a qual velozmente está a dominar a vida de todos no mundo,¹⁴ como já indicado, a *informação privilegiada*, no sentido daquela de que poucos sabem (ou também, a retenção de tal informação), passou a obter um valor maior¹⁵ e mais cobiçado, tendo em vista o fato de que o acesso a informações, como mencionado, foi geometricamente ampliado nos últimos anos.

Esse fenômeno se destaca principalmente na via das Funções Executiva e Legislativa do Estado, nas quais a atividade *política* se desenrola com legitimidade. E nesses ambientes a produção, o gerenciamento e a transmissão de *boas informações* (aquelas processadas e utilizadas no momento, na hora e no ambiente correto) ganharam peso econômico jamais visto.

Entretanto, existe um outro lado dessa moeda. Quando tais atividades estatais se desenrolam sem a esperada legitimidade pública, a batalha pela informação privilegiada abre espaço para *ilegalidade*, em regra, envolta na busca de vantagens pessoais divorciadas de adequação constitucional. Assim se cultiva a nefasta *corrupção no exercício da atividade pública*.

Ao adequar tais ideias à realidade vivida no Estado nacional, mais precisamente no cenário das privatizações de alguns serviços e atividades públicas, em que várias gigantes multinacionais disputam espaços e mercados¹⁶ de consumidores de seus respectivos serviços, a *valoração da informação* para atingir vantagens econômicas diante do novo palco regulador estabelecido no Brasil a partir da década de 90 passa a se tornar uma realidade incontestável.

Então, passa-se a observar a informação como um instrumento útil e efetivo para o esclarecimento, a divulgação e a mobilização de cidadãos e autoridades em prol do objetivo maior tratado no presente texto: maior e melhor inclusão das

¹⁴ Via internet, canais de TV a cabo, maior cobertura da vida política, aparelho celular, telefone via satélite. Inclusive, em *tempo real*, ao vivo, viabilizando uma maior transparência da informação e o cidadão interlocutor.

¹⁵ Ressaltam-se, ainda, as informações privadas e particulares que hoje em dia – em razão do notável avanço tecnológico – são utilizadas como moeda forte em nosso cotidiano.

¹⁶ François Ost assinala que “com o mercado, a desinstituição é explicitamente erigida como projeto político; a desregulação que o acompanha faz dele uma figura arquetípica do tempo do questionamento. O tempo do mercado é a ocasião propícia tomada pelo investidor, pechincha de que se aproveita o consumidor ou o produtor racional, a conjuntura favorável esperada pelo observador atento das transações. O mercado é a indeterminação do futuro valorizado por ela mesma, a abertura necessária para o jogo econômico, o espaço de desenvolvimento das estratégias lucrativas do *homo economicus*” (OST, 2005. p. 375-376).

peças com deficiência no projeto constitucional de promoção do desenvolvimento intersubjetivo de todos os partícipes do Estado.

Nesse prisma de controle e de valorização de *informações privilegiadas* – em face das pluridifundidas informações *comuns* –, ainda, importa ressaltar a criação de novas entidades públicas especialmente destinadas para representar o Estado na referida atuação de *criação-gerenciamento-transmissão* de informações pertinentes a cada mercado criado pelas desmonopolizações de determinados serviços e atividades públicas. Tais entidades foram denominadas agências reguladoras.

Desse modo, com o fito de atingir esse desiderato, a respectiva legislação ordinária concedeu a tais *agências* poderes regulatórios específicos para atuar de forma a regular os determinados mercados que lhes foram destinados. Para tanto, de forma geral, incumbem-se-lhes deveres de: (a) *manusear as informações*, que agora assumem um valor tão relevante que leva o Estado a criar um maquinário específico para o seu controle e gerenciamento; (b) *cuidar dos anseios*, muitas vezes exagerados (assim, irregulares), das multinacionais pela busca da operacionalização privada e aproveitamento das informações recebidas pelo Estado; (c) *controlar os interesses* normalmente exaltados dos envolvidos nesse *jogo de informações preciosas* (Estado – empresa – cidadão); (d) *proteger o cidadão*, que se encontra em situação hipossuficiente perante dois outros partícipes desse jogo; (e) promover uma real e constante sofisticação de seus sistemas de governança, com destaque ao pleno acesso à informação; sem desconsiderar as demais prerrogativas e deveres de entidade pública que é.

Entretanto, ainda existe uma distância muito grande sobre o que o Estado deve fazer para a proteção das pessoas com deficiência e o que de fato faz para tal o alcance desse desiderato.

O Estado justifica tal ausência de resposta adequada à sociedade que é responsável, basicamente, em dois argumentos:

(a) pouco tempo de instituição de tal realidade, fato que não permite oportunidade de repercussão ou resposta social capaz de guiar o Estado para uma real solução das novas questões geradas. Isto é, alega-se que ainda não possui ferramentas apropriadas para conceder soluções ao cidadão violado em seus

direitos fundamentais pela prestação de serviços públicos privatizados, em razão da inexistência de tempo suficiente para estabelecê-los da forma esperada;

(b) engessamento da atividade Executiva do Estado, em virtude de um Judiciário lento e não capaz de responder a questões técnicas, essenciais para um *agir eficiente* do Estado.

Fatores, ambos, que aumentam os *custos de transação* do *jogo de informações* entre os partícipes da nação, gerando, assim, um ônus desnecessário para o gerenciador de tais informações – o Estado.

Então, caberia simplesmente ao Estado buscar caminhos para eliminar – ou diminuir ao máximo possível – esses dois *entraves* de sua nova realidade, para, enfim, responder satisfatoriamente à sociedade, diminuir o seu ônus e aumentar o seu bônus.

Logo, nesta equivocada linha de raciocínio, apontam-se como corretas as soluções que “(a) criem novas maneiras de manejo das ferramentas estatais de controle da atividade regulatória, recentemente instituída; (b) afastem do Judiciário as questões regulatórias”. Assim, supostamente, solucionadas estariam as novas questões que se apresentam à regulação econômica atual e seu impacto diante dos cidadãos nacionais, da mesma forma, estariam elucidadas as questões confrontadas pela Administração Pública.

Contudo, não é esse o caminho.

O trilho a ser seguido, sugere-se, é de amadurecimento estatal e cívico. Faz-se necessário um apego maior às políticas de Estado e menos às políticas de Governo. É preciso que a cultura da solidariedade finalmente seja aplicada de forma preponderante frente à consulta do individualismo.

Finalmente, com a adequada instrumentalização da informação para o bem, é importante que os atores do Estado voltem seus olhos ao empenho de inclusão e interação de todos aqueles que estão sob sua responsabilidade, em especial, aos que mais demandam atenção proporcionalmente diferenciada.

Ser uma pessoa com deficiência não significa ser menos ou mais. É ser diferente. Ser diferente é a grande coluna de sustentação do Estado. Isso porque, é a partir das diferenças que o desenvolvimento ocorre. Sem diversos, apenas idênticos, não há interação hábil a promover crescimento.

Logo, se o poder público agir no sentido de zelar pelos socialmente vistos como “diferentes”, de modo proporcional e sustentável, finalmente a compreensão de que o futuro efetivamente será melhor, como prometido, poderá se tornar realidade. Atuar pela boa informação e cuidar de difundir os direitos e deveres de todos em prol das pessoas com deficiência, será decisivo para que as proteções projetadas pela Convenção de Nova Iorque e pelo conjunto normativo interno se tornem realidade.

Como facilmente se lê da Convenção e do EPD, muitos são os dispositivos determinantes desse dimensionamento de informações, o que se deve fomentar e desenvolver.

5 A PARTICIPAÇÃO DO INTÉRPRETE E DO JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO EPD: BREVES PROSPECTIVAS

A partir de tudo o que se viu, e como prelúdio de conclusão, é possível alcançar-se, agora, algum embrião de ideia para que seja possível atender-se, realisticamente, à demanda oriunda das realidades de vida das pessoas com deficiência, eu, como visto, são plenamente capazes e jamais poderão deixar de ser.

Falar-se em retornar ao antigo art. 3º e 4º do Código Civil, com a prevalência das incapacidades é página virada, sem possibilidade de releitura. Qualquer edificação legislativa neste sentido será inconstitucional.

Não é necessária qualquer alteração legislativa apressada e mal pensada. Isso somente conduzirá a algo generalizante, em sentido diverso da realidade de cada pessoa com deficiência. Como se sabe, são muitas as patologias (*lato sensu*) que conduzem a uma compreensão de deficiência. Eventual inovação legislativa não as alcançará. Repita-se, qualquer ação com pretensão generalizante e pouco refletida poderá conduzir a algo inadequado.

A transição que deve entrar em curso é de mentalidade, de consciência, de postura, reconhecendo-se que o Direito deve estar a "serviço da vida", como já se mencionou.

A alteração necessária, portanto, é de atitude, na coragem de promover-se a ruptura com a absoluta necessidade de uma subsunção legal, envidando-se esforços de decisão pela hermenêutica constitucional protetiva da pessoa com deficiência.

Cabe ao intérprete conscientizar-se da necessidade de reconhecer na primazia da pessoa e na realidade concreta que nela se faz sentir, os efeitos verdadeiros e as consequências das realidades que vivencia, na condição de deficiente.

A Academia tem construído fundamentos e condições para a consideração plena da pessoa com deficiência, mas devem também, a Advocacia e o Judiciário, agirem como verdadeiros intérpretes da Convenção, da Constituição e do EPD.

Esses são os principais atores a quem é conferida a "mutabilidade real" de um sistema centenário e discriminador como o da incapacidade das pessoas. Faz-se mister, sim, trabalhar pelo reconhecimento e prestígio da capacidade, com coerência para atuar e decidir sobre peculiaridades de proteção das pessoas com deficiência, para além de simplesmente "carimbar" proteção somente pelo fundamento da incapacidade.

Ao advogado caberá o cuidado na compreensão inicial do caso concreto, da existência real de deficiência e dos prejuízos eventuais que tenham resultado a esta pessoa e a terceiros. Percebida a realidade, busca-se a proteção da multireferenciada legislação internacional e nacional, aplicando-a na proteção do deficiente e da sociedade.

O juiz, tendo em mãos aprofundadas teses das partes, mais facilmente conduzirá a decisão do caso concreto à mesma sintonia, qual seja, utilizar-se prioritariamente da axiologia constitucional e, aprofundando-se na concretude da situação deduzida em juízo, eleger a melhor decisão, em modulação diversa da tradicional lição estrutural e rigidamente conceitual que parte da premissa de incapacidade.

Um dos básicos fundamentos disso está na promoção da liberdade coexistencial, ou seja, a necessidade de integração existencial entre as pessoas na sociedade, mas que não necessariamente vá proteger o grupo, podendo, na perspectiva do caso concreto, preferir o individual ao coletivo.

A complexidade da vida, a pluralidade das formas de visão sobre o mundo e a diversidade recomendam a fuga da linearidade de decisões, a partir de contextos predeterminados e abstratos, como a da incapacidade. É essa liberdade plural que se quer colocar como função do direito civil, na esfera das potencialidades das pessoas com deficiência e daquelas sem deficiência, para cumprir-se a axiologia constitucional.

Não é demais repetir que o paradigma da incapacidade faz com que o jurista de formação clássica tenha dificuldade de pensar o Direito fora da "segurança" que o silogismo legalista proporciona. Mas se faz imperioso o transitar dos modos de operação do Direito, sob pena de o intérprete não acompanhar as condições de seu tempo.

A atuação do julgador, do intérprete, nesse contexto, não deve residir tão somente no conteúdo específico da lei e da sua interpretação a partir dos paradigmas consagrados na clássica visão da civilística.¹⁷ A centenária figura da incapacidade, aos poucos, vai ficando para trás. Não é de se assustar se em breve até mesmo os menores de 18 anos sejam considerados plenamente capazes. Há interessantes pesquisas em andamento sobre o tema.

Como a construção do Direito se dá gradativa e dialeticamente, necessário que se busque uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais. Na consideração das pessoas com deficiência, sua proteção não pode ser tão somente adstrita a formalidade de um artigo que proteja a incapacidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade, que estão igualmente expressos no conjunto legislativo ora em estudo.

¹⁷ É a lição de Luiz Edson Fachin: Destarte, como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o a partir de seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita a formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade. Remarque-se: como a hermenêutica está para além do puro e simples interpretar, uma vez que transcende o que está escrito, compondo um colóquio dialético entre leitor e texto, premente se faz sua construção em um sistema dialeticamente aberto, que submeta perenemente as normas aos preceitos constitucionais e a contraprova da realidade. [...] Tendo por pressuposto essas compreensões, verifica-se que a maior contribuição trazida ao Direito Civil contemporâneo por uma hermenêutica diferenciada pode ser a consciência crítica e dialética para com a realidade de uma hermenêutica que não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação pelo próprio sujeito que nele está inserto." (FACHIN, 2012. p.47).

Na análise do caso concreto, caberá ao julgador decidir em favor da pessoa com deficiência, inclusive aplicando-lhe as proteções concedidas aos incapazes, mesmo que eles não mais sejam, exatamente pelo fundamento de que a semântica da palavra capacidade não surgiu para prejudicar, mas para melhorar a proteção.

Não é nada razoável defender que não se pode estender à pessoa com deficiência as proteções antes conferidas aos incapazes, pelo simples fato de hoje serem capazes. A Convenção e o EPD permitem uma interpretação protetiva da aplicação, a partir da aplicação do art. 9º, que trata do atendimento prioritário. Pode-se construir, até mesmo, que essa perspectiva de prioridade não é apenas formal, ou seja, para acessar os serviços descritos nos incisos do art. 9º antecipadamente, mas, também, ser considerado em seu melhor interesse.

Até porque, é necessário permitir proteções especiais para que a pessoa com deficiência possa ser considerada como igual perante a lei, ou seja, com a proteção, tornam-se iguais às pessoas sem deficiência.

A tarefa do julgador (do intérprete), repita-se, não é fácil, mas é a realidade que prevalecerá no trânsito em curso do direito novecentista para o contemporâneo.

Na lição de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, 2012, p. 39), o magistrado deve se afastar de premissas mecânicas e abstratas, para se ater à realidade da vida, identificando a norma do caso concreto a partir da realidade sobre a qual incide, extraindo as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.¹⁸

A força normativa dos fatos, indicativa da realidade da pessoa em sua dimensão concreta, é que deverá nortear a decisão jurídica (e judicial), para além da letra específica da lei, neste caso. Em outras palavras, é possível proteger a pessoa com deficiência com os mesmos direitos (como por exemplo o art. 198, I, CC) pois a palavra capaz ou incapaz por si, nada significa mais para essas pessoas, mas, tão somente, a proteção que merecem por sua condição pessoal de deficientes.

Fica, a partir dos fundamentos considerados no todo do presente escrito, sem qualquer justificativa e, portanto, absolutamente refutado, o secular argumento

¹⁸ A lição do professor: “Ao magistrado, sob esse ponto de vista, caberá, em atividade simultânea, qualificar o fato, interpretar a norma e aplicar o direito. Não se vale de premissas abstratas imaginadas pelo legislador, em operação silogística, neutra e mecânica, apartada da realidade da vida, identificando, ao contrário, a norma do caso concreto a partir da pujante realidade sobre a qual incide e da qual, ao mesmo tempo, extrai as peculiaridades indispensáveis a própria interpretação.”

da "segurança jurídica" somente para os incapazes e que as pessoas com deficiência capazes estão desprotegidas.

No contexto ora desenvolvido, fácil distinguir a análise do caso concreto do que poderia se denominar por "casuísmo", uma vez que este se dá quando o julgador concede aos fatos a sua visão própria de mundo, independentemente de fundamento constitucional sustentável. A perspectiva, aqui, é a de que os casos, por meio da função como liberdade(s), mereçam cuidadosa atenção, em decisões dotadas de coerente e exauriente justificação (fundamentação) constitucional, a partir de afazeres doutrinários sofisticados e de aprimorada jurisprudência.

A fundamentação há que ser condizente, pois deve exteriorizar de modo racional e transparente as razões da interpretação favorável ao deficiente. A disposição constitucional, de natureza principiológica ou não, assim como a análise dos fatos e da lei, deve estar em absoluta vinculação com a realidade concreta.

Portanto, não se trata de casuísmo considerar cada caso concreto de cada pessoa com deficiência e aplicar-lhe as vantagens perceptíveis aos incapazes, uma vez que a situação poderá (e deverá) ser replicada em futuros casos idênticos, na perspectiva de precedente, atendendo a requisito exposto por Thomas Bustamante (BUSTAMANTE, 2010, p.175), sob a rubrica de princípio da Universalizabilidade.

Essa, portanto, a proposta de uma hermenêutica fundamentada na dignidade da pessoa com deficiência, para muito além do historicismo discriminador, do legalismo e da abstração.

CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção de Nova Iorque) e a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) inauguraram no ordenamento jurídico brasileiro a condição de plena capacidade das pessoas com deficiência, para além da incapacidade absoluta e relativa descritas pelo Código Civil de 2002.

O Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 pretende promover alterações nos mencionados avanços que permitem a autonomia das pessoas com deficiência, por

meio da repriminção do exato teor do art. 3º do Código Civil, trazendo novamente à voga, sob suposto intuito protetivo, a incapacidade dessas pessoas. Além deste dispositivo, muitos outros que prejudicam a perspectiva de igualdade poderão ser afetados.

Essa medida não é compatível com a nova teoria das incapacidades formulada pela legislação internacional, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual é mais coerente manter-se a capacidade plena das pessoas com deficiência, promovendo-se ajustes outros na Lei Brasileira de Inclusão (EPD), compatibilizando-a com as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil de maneira a promover verdadeira autonomia e proteção.

A participação do poder público no fomento da informação, tanto no contexto de informar a pessoa com deficiência, como de informar toda a sociedade sobre o EPD, é salutar para prospectar a eficácia e efetivação da proteção das pessoas nestas condições.

A partir dessa dimensão de informação distribuída, haverá uma facilitação da atuação do próprio poder público em proteger os interesses relevantes das pessoas com deficiência, através de executivo, legislativo e judiciário.

No campo da atuação judicial, a hermenêutica a prevalecer, tanto no aspecto constitucional, quanto na interpretação da norma infraconstitucional, é a do alargamento do âmbito de proteção dos incapazes, de modo a alcançar também as pessoas com deficiência, sem a necessidade de, para isso, retornar estas pessoas à condição de incapacidade.

Da mesma maneira, a interdição, ressuscitada pelo Código de Processo Civil de 2015, deve ser excluída do sistema, convolvendo-se, como pretendeu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em ação de curatela.

Por fim, todo este escrito tem por finalidade desafiar a reflexão acerca da necessidade de um amadurecimento sobre a compreensão do EPD, por ser um garantidor dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, que necessitam de um tratamento mais humano, solidário, com fomento de sua condição de iguais em relação aos demais, concedendo-se autonomia a estas pessoas, como pretendeu a Convenção de Nova Iorque, ratificada pelo Brasil e que tem status de Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017. p. 227-255.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo/Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1921. v. 1. p. 165.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. **Direito, Estado e Sociedade**, n.37, p.175, jul./dez. 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1. p. 43

FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

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

_____. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.81.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun/2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/> Acesso em 26/07/2016.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43

MOTA, Telmário. **Parecer do Relator do PLS 757/2015**, acessível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>

NEVARES, Ana Luiza Maia Nevares; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. [coords]. **O direito civil ente o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 39-56.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

SILVA, Alexandre Barbosa da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades. In: EHRARDT JUNIOR, Marcos [coord]. **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. P. 241-256.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **CONJUR**, 06 de agosto de 2015, localizável em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>

TEPEDINO, Gustavo. Dez anos de código civil e a abertura do olhar do civilista. In: **V Jornada de Direito Civil**. [8-10 de novembro de 2011, Brasília]. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.39.

VALADARES, Antonio Carlos; PAIM, Paulo. PLS nº 757/2015. In: **Atividade Legislativa**. 2015. acessível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251> Acesso em 09/08/2017.