



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Solange Rosário da Silva

Orientadores: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Mestre Patrícia Cardoso Dias

Número da candidata: 30000181

**Julho de 2022**

**Lisboa**

Ao meu amado esposo Eduardo Nunes.

Aos meus filhos João Lorenzo, Arthur e à nossa filha que em breve estará entre nós.

## **AGRADECIMENTOS**

A Sátina Pimenta, amiga querida, sem o incentivo dela eu não teria iniciado o mestrado.  
Aos meus orientadores: Doutor Pedro Trovão do Rosário, em especial à Mestre Patrícia Cardoso Dias.

## **RESUMO**

Durante muito tempo, as pessoas com deficiência mental foram tratadas pelo legislador como um objeto de proteção sem poderem exercer plena capacidade civil por serem consideradas incapazes de tomar autonomia legal. Embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha garantido a dignidade da pessoa humana a todas as pessoas, indistintamente, e apesar de outros Tratados Internacionais garantirem os direitos das pessoas com deficiência, houve uma lacuna na proteção dos direitos fundamentais da liberdade e da autonomia dessas pessoas. Este cenário mudou quando a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada na Convenção de Nova Iorque, em 2007, com o objetivo de criar um instrumento juridicamente vinculativo para que os Estados Partes promovam, protejam e garantam todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência. A Convenção foi um marco na história para assegurar o exercício da capacidade jurídica em pé de igualdade com os outros, o que gerou um grande debate sobre o assunto, especialmente se, garantindo a plena capacidade civil das pessoas com deficiência mental, não estivesse a prejudicar este grupo de pessoas.

Palavras-chaves: Pessoa com deficiência mental. Capacidade Civil. Autonomia. Direito Fundamental.

## **ABSTRACT**

For a long time, people with mental disabilities were treated by the legislature as an object of protection without being able to exercise full civilian capacity because they were considered incapable of taking legal autonomy. Although the Universal Declaration of Human Rights has guaranteed the dignity of the human person to all persons indistinctly, and although other International Treaties guarantee the rights of persons with disabilities, there has been a gap in the protection of the fundamental rights of freedom and autonomy of these persons. This scenario changed when the United Nations General Assembly approved the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), ratified at the New York Convention in 2007, with the aim of creating a legally binding instrument for States Parties to promote, protect and guarantee all human rights and fundamental freedoms for persons with disabilities. The Convention The Convention was a milestone in history to ensure the exercise of legal capacity on an equal footing with others, which generated a great debate on the subject, especially if, ensuring the full civilian capacity of people with mental disabilities, it was not harming this group of people.

Key words: Mentally disabled person. Civil Capacity. Autonomy. Fundamental Righ

## Índice

|   |    |
|---|----|
| Introdução.....   | 10 |
| CAPÍTULO I - CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....  | 13 |
| 1 Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no contexto da deficiência ....  | 13 |
| 1.1 Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965.....   | 13 |
| 1.1.2 Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979.....   | 14 |
| 1.1.3 Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984.....  | 15 |
| 1.1.4 Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 .....  | 16 |
| 1.1.5 Convenção Internacional para a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias de 1990   | 17 |
| 1.2 Antecedentes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência .....   | 18 |
| 1.2.1 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966.....  | 22 |
| 1.2.2 Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 .....   | 23 |
| 2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como tratado de direitos humanos e de desenvolvimento.....  | 24 |
| 2.1 A Convenção enquanto instrumento vinculativo .....  | 27 |
| 2.2 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Portuguesa (CRP) à luz do princípio <i>pro homine</i> (n.º 4 do art.º 4.º da CDPD) .....  | 28 |
| 3 Alcance do princípio <i>pro homine</i> no âmbito das normas da Convenção dos Direitos das Pessoa com Deficiência à luz do art.º 16.º da Constituição da República Portuguesa..... | 30 |
| 3.1 Aplicabilidade dos direitos previstos na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência na ordem jurídica interna em Portugal.....  | 31 |
| 3.2 Implementação e monitorização - políticas de <i>mainstreaming</i> .....   | 32 |
| 3.3 Regime Jurídico do Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Lei N.º 71/2019, de 2 de setembro) .....    | 33 |
| 4 Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) à luz do princípio <i>pro homine</i> .....                           | 34 |
| CAPÍTULO II – A CAPACIDADE JURÍDICA À LUZ DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....  | 36 |
| 5. Reconhecimento igual perante a lei à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art.º 12.º).....  | 38 |
| 5.1 A personalidade jurídica e a capacidade jurídica à luz do Art.º 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.....  | 38 |
| 5.1.1 Reconhecimento da personalidade jurídica.....   | 38 |

|   |            |
|---|------------|
| 5.1.2 Reconhecimento da Capacidade Jurídica .....   | 40         |
| 5.1.3 Apoio no exercício da capacidade jurídica .....   | 42         |
| 5.2 Conjugação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Protocolo Adicional com a Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comité de Ministros em 23 de Fevereiro de 1999..... | 45         |
| 5.3 Conceito amplo de deficiência .....   | 46         |
| 5.3.1 Modelo da prescindência / eugênico .....  | 47         |
| 5.3.2 Modelo Reabilitador / Médico .....  | 48         |
| 5.3.3 Modelo Social .....   | 49         |
| 5.3.4 Modelo biopsicosocial da deficiência ou relacional.....   | 52         |
| 5.3 (In) capacidade e competência mental .....  | 53         |
| 5.5 Rompimento de paradigma quanto a (in) capacidade das pessoas com deficiência mental .....   | 56         |
| 5.5.1 O princípio da igualdade .....  | 57         |
| 5.5.2 Princípio da Vulnerabilidade.....   | 62         |
| 5.5.3 Paternalismo e Autonomia .....  | 64         |
| 6. A implementação das medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica .....   | 70         |
| 6.1 A implementação de medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica no direito português .....  | 71         |
| 6.2 A implementação de medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica no direito brasileiro.....  | 74         |
| <b>CAPÍTULO III CONSEQUÊNCIAS DA GARANTIA DE IGUALDADE AO EXERCÍCIO DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA .....</b>  | <b>76</b>  |
| 7. Direitos patrimoniais e extrapatrimoniais .....  | 76         |
| 7.1 Acesso à justiça .....  | 77         |
| 7.2 Liberdade e segurança da pessoa com deficiência mental .....  | 79         |
| 7.3 Proteção contra exploração, violência e abuso das pessoas com deficiência.....  | 85         |
| 7.4 Proteção à integridade pessoal .....  | 86         |
| 7.5 Participação na vida política e pública .....   | 91         |
| 7.6 O direito de constituir família e procriar .....  | 94         |
| 7.7 Impactos no plano da invalidade do negócio jurídico.....  | 96         |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>102</b> |
| Referências .....   | 107        |

## **Lista de siglas e abreviaturas**

AAMR- Associação Americana de Deficiência Mental

ONU - Organização Mundial da Saúde

CACL - Canadian Association of Community Living

CCB - Código Civil Brasileiro

CDFUE - Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CDPD - Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

CESE - Comitê Econômico e Social Europeu

CF/88 - Constituição Federal Brasileira de 1988

CFB – Constituição Federal do Brasil

CPC - Código de Processo Civil

CRP - Constituição da República Portuguesa

DSM-IV- Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos

EPD - Estatuto da Pessoa com Deficiência

HCT- Hospital de Custódia e Tratamento de Salvador - Bahia

INL - Iniciativa Legislativa

Me-CDPD - Mecanismo nacional de Monitorização da Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONGPD - Organizações Não-Governamentais das Pessoas com Deficiência.

PE - Parlamento Europeu

TDA - Tomada de Decisão Apoiada

UE - União Europeia

UPIAS – Union Of Phisical Impaired Agaisnt Segregation

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNICEF - Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para Infância

## Introdução

A dissertação apresenta os efeitos jurídicos produzidos no domínio da capacidade civil das pessoas com deficiência mental, a partir da ratificação da Convenção e aplicação do previsto no artigo 12.º da CDPD, no intuito de demonstrar se é concretizado o paradigma de preservação máxima da autonomia da pessoa com deficiência mental de modo a assegurar-lhe o exercício de direitos em condições de igualdade.

O objetivo geral é averiguar se a capacidade civil reconhecida pelo artigo 12.º da CDPD protege ou desampara as pessoas com deficiência mental, por meio da análise do conteúdo normativo da Convenção e dos seus reflexos nos ordenamentos jurídicos internos do Brasil e de Portugal, no que diz respeito à capacidade civil das pessoas com deficiência mental.

Para alcançar os propósitos, dividimos o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, apresentaremos o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no contexto da deficiência antes da CDPD. Nele evidenciaremos que, embora as principais Convenções assegurem a proteção das pessoas com deficiência, a previsão é tímida e sem efeito vinculativo aos Estados Partes. Demonstraremos que a Assembleia Geral da ONU adotou a CDPD, ratificada na Convenção de Nova Iorque, em 2007, com o objetivo de criar um instrumento juridicamente vinculativo aos Estados Partes para promover, proteger e garantir às pessoas com deficiência todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A partir desse pressuposto, abordaremos sobre a Convenção, enquanto instrumento vinculativo, e sua aplicabilidade na ordem jurídica interna no Brasil e em Portugal para evidenciar os regimes jurídicos de mecanismos de monitorização de implementação da Convenção à luz do princípio *pro homine*.

No capítulo, veremos a Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil e Código de Processo Civil Português. Além disso, alterou o regime jurídico da exploração e prática das apostas desportivas à cota de base territorial, à Lei do Jogo e à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

No Brasil, foi criada a Tomada de Decisão Apoiada (TDA), prevista no art. 1.783-A do Código Civil, introduzida pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, o EPD, modelo intermediário que pode ser convocado pelo sujeito que tem discernimento e por aquele que se encontra totalmente impossibilitado de expressar sua vontade. Em razão disso, este último poderá ser curatelado e, conseqüentemente, será considerado relativamente incapaz.

No segundo capítulo, falaremos a respeito da capacidade jurídica na perspectiva da CDPD. Apresentaremos a personalidade jurídica e a capacidade jurídica à luz do n.º 1 e n.º 2 a 5, do art.º 12.º, a evidenciar que a Convenção, enquanto instrumento vinculativo, trouxe mudanças significativas em relação ao tratamento às pessoas com deficiência ao abordar o assunto na ordem dos direitos humanos. Uma alteração importante diz respeito a fazer com que os Estados Partes criem, alterem ou adequem seus respectivos ordenamentos internos a fim de assegurar a concretização dos objetivos da Convenção, em particular, o previsto no artigo 12.º que trata de questões acerca da personalidade e da capacidade de direito e de agir.

Exporemos o conceito amplo de deficiência, a demonstrar que a literatura científica estuda diferentes modelos de deficiência para tentar entender, explicar e/ou definir esse conceito, a partir de alguns modelos, destacando-se os modelos eugênicos, reabilitador/médico e social.

Destacaremos a quebra de paradigma quanto a (in) capacidade das pessoas com deficiência mental diante do reconhecimento da igualdade da capacidade jurídica às pessoas com deficiência em relação às demais. Demonstraremos que ainda existe incerteza ao assegurar a capacidade jurídica, pois, afinal, como lidar com pessoas tidas como “loucas” que não poderiam gerir seus bens e autodeterminar-se quanto aos seus direitos existenciais?

O assunto suscitou uma série de debates e estudos por parte de teóricos acerca da modificação e/ou reinterpretação quanto à teoria das incapacidades. Para tanto, tomou-se como base os estudos sobre igualdade, vulnerabilidade, autonomia e autodeterminação. Evidenciaremos também a implementação de medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica no direito português e no direito brasileiro.

Nesse Capítulo II, faremos uma conexão entre o estudo teórico dos princípios e os casos concretos encontrados na literatura, em notícias e na nossa vivência profissional e pessoal. Como exemplo, citaremos o caso da jovem com síndrome de down, de 23 anos de idade, criada com excesso de proteção, o que resultou em sua total incapacidade de autodeterminar-se.

No terceiro capítulo, exporemos acerca das consequências da garantia de igualdade ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência no que concerne aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Demonstraremos que a CDPD, para proteger a igualdade no exercício da capacidade jurídica, seja no que diz respeito aos direitos patrimoniais, seja ao extrapatrimoniais, o art.º 12.º conecta-se a outros dispositivos da própria Convenção a fim de garantir os direitos fundamentais como a vida, a integridade física e psicológica, a igualdade e a liberdade. Além

disso, impõe aos Estados o dever de assegurar que nenhuma pessoa com deficiência seja restringida no gozo e exercício da capacidade legal por causa da sua deficiência.

Apontaremos alguns direitos fundamentais garantidos pela Convenção, como o acesso à justiça, à liberdade e à segurança da pessoa; bem como da proteção contra a exploração, a violência e o abuso; proteção à integridade pessoal, à participação na vida política e ao direito de constituir família e de procriar. Ademais, ressaltar os direitos à não incidência da prescrição e da decadência e da nulidade dos negócios jurídicos.

Utilizaremos, como metodologia de pesquisa, métodos de abordagem dedutivo e dialético. Quanto aos procedimentos, serão adotados os métodos comparativo, revisão teórica e histórica. As técnicas de pesquisa utilizadas serão a revisão bibliográfica e documental por meio do mecanismo de busca da internet para pesquisas em dissertações, teses, artigos científicos e legislações, as quais contribuirão para demonstrar que a dignidade humana é, indistintamente, inerente a pessoa humana dotada de personalidade jurídica e os direitos de personalidade sustentados nos princípios da igualdade, autonomia e liberdade devem ser respeitado por todos. Assim, sob o pressuposto lógico de que, naturalmente, a pessoa com deficiência é pessoa humana, não assiste razão ser-lhe impedida de exercer sua capacidade jurídica, guardadas as devidas proporções nas hipóteses em que não tenha o mínimo de discernimento para autodeterminar-se.

# **CAPÍTULO I - CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

## **1 Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos no contexto da deficiência**

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos é formado por um “conjunto de normas, órgãos e mecanismos internacionais surgidos a partir de 1945 com o intuito de promover a proteção dos direitos humanos em todo o mundo”<sup>1</sup>. Na Conferência de São Francisco, realizada em 1945, a Organizações das Nações Unidas (ONU) colocou os direitos humanos como um dos principais objetivos da organização, comprometendo-se a defender a dignidade e o valor de todos os seres humanos<sup>2</sup>. Atualmente existem três sistemas regionais de proteção (interamericano, europeu e africano) e um sistema universal (Nações Unidas)<sup>3</sup>.

A Assembleia Geral da ONU, em 1948, adotou a Declaração Universal de Direitos Humanos, que promoveu o direito à vida, à liberdade e à segurança de todas as pessoas em sociedade, incluindo a promoção de todos esses direitos às pessoas com deficiência<sup>4</sup>. A partir da DUDH, surgiram outras Convenções sobre as quais considerar-se-á as de maior relevância no contexto da deficiência.

### **1.1 Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965**

A Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em dezembro de 1965<sup>5</sup>, com o objetivo de concretizar os “princípios da dignidade e da igualdade” de todos os seres humanos enunciados na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na Resolução 1904 (XVIII), de 20 de novembro de 1963<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> ONU. História da Deficiência e as Nações Unidas. Divisão Para Política Social e Desenvolvimento Departamento e Assuntos Econômicos e Sociais Das Nações Unidas.

<sup>2</sup> Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Sistemas Interacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

<sup>3</sup> ONU. História da Deficiência e as Nações Unidas. Divisão Para Política Social e Desenvolvimento Departamento e Assuntos Econômicos e Sociais Das Nações Unidas. *Idem*.

<sup>4</sup> *Idem – Ibidem*

<sup>5</sup> Em Portugal, a Convenção teve início de vigência em 23/09/1982, após a aprovação para adesão pelo Decreto de n.º 7/82, de 29/04. No Brasil, a vigência iniciou em 10/12/1969, após a aprovação do Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

<sup>6</sup> ONU. Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Embora o objetivo principal da Convenção seja o de combater a discriminação assentada na raça, para Gerard Quinn e Theresia Degener, intrinsecamente, também alcança as pessoas com deficiência, pois estas também sofrem quando integram grupo ou minoria racial, ou seja, estão sujeitas à discriminação qualificada arrimada na raça e na deficiência<sup>7</sup>.

No mesmo sentido, Paloma Durán y Lalaguna afirma que, no âmbito dos instrumentos gerais de direitos humanos, a referida Convenção contém cláusula geral de não discriminação abrangendo não apenas uma minoria ou grupo étnico, mas também, por critérios de gênero e por analogia, as deficiências<sup>8</sup>.

Concordamos com os apontamentos, tendo em vista que, por uma questão de lógica, se os instrumentos de proteção aos direitos humanos visam a amparar os princípios da dignidade e da igualdade de todos os seres humanos, não podemos ignorar que, em grupo étnico, também pode existir pessoa com deficiência, até mesmo porque, nas inúmeras diversidades existentes, não há como escolher nascer no local ou na forma do suposto ideal desejado por cada sujeito.

### **1.1.2 Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979**

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a CEDAW em 1979, que entrou em vigor, no âmbito internacional, no ano de 1981<sup>9</sup>.

O objetivo geral dessa Convenção é promover a igualdade entre homens e mulheres alicerçada nos direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil<sup>10</sup>.

A CEDAW não contém referência específica para mulheres deficientes, embora se estenda também a esses casos, tendo em vista que gênero e incapacidade tornam-se elementos duplos para a discriminação<sup>11</sup>.

Quando uma mulher com deficiência é exposta à discriminação, nem sempre é clara se a prática discriminatória é atribuível ao gênero ou deficiência, haja vista que a discriminação desse grupo assume várias formas, e o padrão de comparação sofre variação para além da diferença de sexo. Isso porque a discriminação pode ser em relação à deficiência, à profissão,

---

<sup>7</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência**. P. 37.

<sup>8</sup> DURÁN Y LALAGUNA, Paloma - *El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas*. P. 111..

<sup>9</sup> ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979.

<sup>10</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>11</sup> *Idem – Ibidem.*

à política, à prestação de serviço público, à estética, à sexualidade, ao direito de exercer ou não a maternidade e ao direito de constituir ou não sua família. Essas práticas discriminatórias eram manifestamente violentas, porque as mulheres com deficiência, muitas vezes, precisavam lidar com práticas eugênicas, com esterilização obrigatória e com a proibição para o casamento<sup>12</sup>.

Conquanto os movimentos feministas e simpatizantes tenham angariado muitas conquistas em busca da igualdade de direitos até a contemporaneidade, persistem as práticas discriminatórias contra as mulheres de forma geral. A hostilidade é maior quando se trata da mulher com deficiência. Em razão disso, são necessárias ações afirmativas para concretizar o direito de igualdade garantido pelos Tratados Internacionais e pelas legislações específicas, como, por exemplo, políticas públicas que visem a garantia da igualdade dos direitos e da acessibilidade a cuidados de saúde, de emprego e de educação.

### **1.1.3 Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984**

Embora a proibição de tortura e outras penas ou tratamentos cruéis esteja prevista na DUDH, a qual estabelece que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, os Estados não lograram êxito de se livrarem desses abusos, levando-os à busca de outras formas mais pragmáticas para ajudar a promover e melhorar o nível de proteção a todas as pessoas privadas de liberdade. Por isso, como instrumento de direitos humanos, adotou-se a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>13</sup>.

A Convenção define que a tortura é “qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão”. Essa prática é realizada por funcionário público ou privado que age com a anuência da autoridade ou consentimento de assistentes públicos, seja como forma de punição, intimidação ou coação, seja por qualquer motivo baseado em “discriminação de qualquer espécie”. Pressupomos que a proteção é estendida às pessoas com deficiência, quando hospitalizadas ou detidas, contra as quais os abusos se agravavam, porque elas raramente recorriam a meios adequados de proteção, até

---

<sup>12</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência Uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência. *Idem. Op. Cit.* P.93.**

<sup>13</sup> Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura: Manual de Implementação. P. 146

mesmo porque, frequentemente, eram forçadas a encaminhar reclamações aos responsáveis, que, por vezes, poderiam ser as mesmas pessoas que cometiam os abusos<sup>14</sup>.

É inegável que a tortura e os fenômenos menos severos, mas igualmente abomináveis, como o tratamento ou a punição cruel, desumana ou degradante, espreitam silenciosamente por trás das portas fechadas de instituições de deficiência mental e física – sejam públicas, sejam privadas

Ademais, as pessoas com deficiência não conheciam seus direitos e, quando os conheciam, nem sempre tinham acesso a um advogado ou a um terceiro responsável que estivesse disposto a tornar público o assunto ou encaminhá-lo ao Comitê contra Tortura. Por isso, foram necessárias medidas concretas para evitar e interromper violações aos direitos das pessoas com deficiência, já que, ainda que a Convenção devesse ser aplicada, não protegiam esses cidadãos, ou seja, as pessoas com deficiência continuavam vulneráveis<sup>15</sup>. Uma das medidas adotadas pelo Comitê de Monitoramento da Convenção foi a criação do Fundo Voluntário das Nações Unidas para Vítimas de Tortura, que recebe contribuições de governos, ONG e indivíduos para distribuição às vítimas de tortura e membros de suas famílias, com objetivo de fornecer assistência médica, psicológica, social, econômica, jurídica, humanitária e outras formas de assistência às vítimas de tortura e membros de suas famílias<sup>16</sup>. Além da criação do Fundo, o Comitê convoca a participação das ONG por considerá-las essenciais para a implementação eficaz de todos os instrumentos de direitos, como também devido a elas fornecerem uma verificação da realidade sobre o conteúdo dos relatórios dos Estados Partes e apresentarem informações sobre como a Convenção está sendo implementada no país em questão<sup>17</sup>.

#### **1.1.4 Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989**

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada, por unanimidade, pela Assembleia Geral, em 20 de novembro de 1989, e entrou em vigor, em tempo recorde, em 2 de setembro de 1990<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência Uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência.** *Idem. Op. Cit. P. 93.*

<sup>15</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>16</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>17</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN – *Idem. Op. Cit. P.94*

<sup>18</sup> Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989.

O artigo 23, n.º 1, refere-se expressamente à criança com deficiência mental e física, e a ampara ao exigir que os Estados Partes promovam a inclusão delas, com a obrigação de oferecer condições a garantir a dignidade, a autossuficiência e a facilitação à participação da criança na sociedade<sup>19</sup>.

Da mesma forma, o artigo 23.º reconhece, no n.º 2, o direito aos cuidados assistenciais e necessários; o terceiro parágrafo refere-se ao acesso das crianças aos direitos básicos como educação, serviços de reabilitação e saúde, bem como a atividades recreativas. Contudo, não especifica a forma como serão garantidos<sup>20</sup>; deixa em aberto como exercer tais direitos previstos na Convenção, mas que, certamente, caberá aos Estados Partes legislarem sobre o assunto.

### **1.1.5 Convenção Internacional para a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias de 1990**

A Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1990<sup>21</sup>, estipula a não discriminação para todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, que se encontrem no território, sujeitos à jurisdição de cada Estado Parte, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> “1. Os Estados Partes reconhecem que uma criança com deficiência mental ou física deve ter uma vida plena e decente, em condições que garantam a dignidade, promovam a autossuficiência e facilitem a participação ativa da criança na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança com deficiência a cuidados especiais e devem incentivar e garantir a extensão, sujeita aos recursos disponíveis, à criança elegível e aos responsáveis por seus cuidados, da assistência para a qual a solicitação é feita e qual é apropriado à condição da criança e às circunstâncias dos pais ou de outras pessoas que cuidam dela.

3. Reconhecendo as necessidades especiais de uma criança com deficiência, a assistência estendida de acordo com o parágrafo 2 do presente artigo deve ser fornecida gratuitamente, sempre que possível, levando em conta os recursos financeiros dos pais ou de outras pessoas que cuidam da criança e deve ser projetado para garantir que a criança com deficiência tenha acesso efetivo e receba educação, treinamento, serviços de saúde, serviços de reabilitação, preparação para oportunidades de emprego e recreação de maneira a que a criança alcance a mais ampla integração social e desenvolvimento individual possível, incluindo seu ou seu desenvolvimento cultural e espiritual

4. Os Estados Partes promoverão, no espírito da cooperação internacional, o intercâmbio de informações apropriadas no campo da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional de crianças com deficiência, incluindo a divulgação e o acesso a informações sobre métodos de reabilitação, serviços educacionais e vocacionais, com o objetivo de permitir que os Estados Partes aprimorem suas capacidades e habilidades e ampliem sua experiência nessas áreas. Nesse sentido, serão levadas em consideração especialmente as necessidades dos países em desenvolvimento.”

<sup>20</sup> Convenção Sobre os Direitos das Crianças de 1989. P. 16

<sup>21</sup> ONU. Convenção Internacional para a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias de 1990.

<sup>22</sup> ONU. Convenção Internacional para a Proteção dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias de 1990.

Embora a Convenção não especifique sobre os trabalhadores migrantes deficientes, entendemos que deverá ser dada a mesma interpretação que nas Convenções anteriores, ou seja, a proteção e as garantias dever-se-ão serem estendidas às pessoas com deficiência do referido grupo.

## 1.2 Antecedentes da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Embora a questão da deficiência tenha se fortalecido a partir de 1980, na década de 1950, o Conselho de Direitos Económicos e Social, da Assembleia Geral da ONU, aprovou várias resoluções relacionadas à prevenção e à reabilitação, mas o ponto de partida ocorreu com as Declarações de 1971 e 1975, mesmo contendo forte protecionismos e visão médica<sup>23</sup>.

Após a criação das Nações das Unidas, em 1945, a Comissão Social, como subsidiária da Organização, recebeu mandato para lidar com questões sociais, em 1950, durante a sexta sessão, a Comissão considerou dois relatórios: um sobre reabilitação de pessoas deficientes e outro, acerca da reabilitação social de pessoas cegas<sup>24</sup>.

Durante a mesma sessão, a Comissão tratou também sobre o Programa Internacional para o bem-estar das pessoas cegas, que recomenda a adoção de medidas para garantir a educação, a reabilitação, a formação e o emprego para as pessoas com deficiência visual. Em seguida, o Conselho Económico e Social estendeu a reabilitação para as pessoas com deficiência física<sup>25</sup>.

Em 1951, as Nações Unidas, na conferência realizada com a participação do Secretariado, da Organização Internacional do Trabalho, da Organização Mundial de Saúde, da UNESCO, da Organização Internacional dos Refugiados e da UNICEF, formalizaram acordo sobre a necessidade de estabelecer critérios internacionais em matéria de educação, tratamento e formação para as pessoas com deficiência, com ênfase nas necessidades das pessoas cegas em áreas subdesenvolvidas<sup>26</sup>.

Durante a sétima sessão da Comissão Social, realizada em 1951, mais uma vez foram discutidos problemas de reabilitação social das pessoas com deficiência e proposta a reabilitação sob a perspectiva integrativa<sup>27</sup>, o que deu corpo para a oitava sessão da Comissão

---

<sup>23</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência.** *Idem. Op. Cit. P. 115.*

<sup>24</sup> ONU. The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 19

<sup>25</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>26</sup> ONU. The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 19.

<sup>27</sup> *Idem - Ibidem*

em 1952. Na oitava sessão, foram acordados programas que incluíam orientação para a população, programas de reabilitação completa, desenvolvimento e financiamento dos serviços de reabilitação, formação de pessoal, bem como contribuição das Organizações Não Governamentais e do sistema das Nações Unidas.<sup>28</sup> Ademais, em 1955, a Comissão avançou e proporcionou serviços para as pessoas com deficiência, de uma forma que pudessem garantir a independência deles<sup>29</sup>.

Até então, mantendo-se sob os preceitos do modelo médico (sobre o qual dissertaremos no tópico 6.3.2), a política das Nações Unidas concentrou-se no bem-estar social com a ideia de reforçar os processos de prevenção e reabilitação.

A partir da década de 60, a Comissão Social desenvolveu mecanismos de segmento de todos os programas realizados pelas Nações Unidas e, em 1969, a Assembleia Geral adotou a Declaração sobre o Progresso Social e do Desenvolvimento que, dentre outros, afirma o reconhecimento das liberdades fundamentais pelas Nações Unidas e a necessidade de proteger os direitos e bem-estar das pessoas com deficiência física e psíquica, assim como sua plena integração na sociedade<sup>30</sup>.

Na década de 70, reforçou as políticas sobre a deficiência e, ao mesmo tempo, evocou uma aproximação da questão sob a perspectiva de direitos humanos. Nesse período, adotou-se duas Declarações sobre as pessoas com deficiência<sup>31</sup>.

A primeira, em dezembro 1971, a Assembleia Geral da ONU adota a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental. Nela, reconhece que o deficiente mental deve usufruir, “no máximo grau possível”, dos mesmos direitos de todas as pessoas. Nos demais artigos, lista os direitos que são de particular importância, como educação, tratamento e reabilitação, e prevê a necessidade de proteger os interesses dessas pessoas e nomear tutor qualificado, caso seja necessário. Além dessas normatizações, adverte que a mera incapacidade de exercício pleno dos direitos não pode servir como pretexto para a total supressão de direitos<sup>32</sup>.

A segunda Declaração assumida é de dezembro 1975. A Assembleia Geral aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, a qual afirma que a pessoa com deficiência tem os mesmos direitos civis e políticos que os outros seres humanos e tem direito a medidas destinadas a permitir alcançar a maior autonomia possível<sup>33</sup>. Essa Declaração lista vários

---

<sup>28</sup> ONU. The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 19.

<sup>29</sup> *Idem – Ibidem*

<sup>30</sup> *Idem – Ibidem*

<sup>31</sup> *Idem – Ibidem*

<sup>32</sup> ONU. Declaração de Direitos do Deficiente Mental Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>33</sup> ONU. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

direitos relacionados às questões econômicas e sociais que são importantes para sua integração social; refere que as necessidades particulares das pessoas com deficiência devem ser levadas em consideração em todas as etapas do planejamento econômico e social, com a devida proteção contra a exploração, a banir regulamentos e tratamentos discriminatórios, abusivos ou degradantes<sup>34</sup>.

Em dezembro de 1976, a Assembleia Geral declara que o ano de 1981 seria o “Ano Internacional das pessoas com deficiência”<sup>35</sup> com o lema "Participação Plena e Igualdade”, enfatizando a igualdade, a reabilitação e a prevenção da deficiência. Proclamou também o Decênio da Nações Unidas para as pessoas com deficiência entre 1983 e 1992<sup>36</sup>.

A Resolução 37/52, da Assembleia Geral da ONU, de 3 de dezembro 1982, adota o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e estabelece, no primeiro parágrafo, que seus objetivos são promover medidas eficazes para a prevenção da deficiência e para a reabilitação e a realização dos objetivos de "igualdade" e "participação plena" das pessoas deficientes na vida social e no desenvolvimento, para propiciar uma participação equitativa na melhoria das condições de vida resultante do desenvolvimento social e econômico<sup>37</sup>.

Os objetivos que consistem em prevenção e reabilitação de deficiências são típicos do modelo médico, enquanto o objetivo de igualar as oportunidades implica uma mudança na compreensão da deficiência como uma questão de direitos e não de assistencialismo<sup>38</sup>. Em 1984, constatou-se que o grupo de pessoas com deficiência estava desprotegido por ausência de convenções específicas, encontrando-se em desvantagem com outros grupos considerados vulneráveis, como mulheres e refugiados. Enquanto estes contavam com um corpo unitário de normas de caráter vinculante, o mesmo não acontecia com as pessoas deficientes, porque não havia nenhum órgão internacional de proteção para essas pessoas<sup>39</sup>.

No ano de 1989, foram publicadas as Orientações de Tallin para o desenvolvimento de recursos humanos, em matéria de incapacidade, as quais propuseram, dentre outros, que as

---

<sup>34</sup> ONU. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

<sup>35</sup> The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 19.

<sup>36</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>37</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>38</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência.** *Idem. OP. Cit.* P.116.

<sup>39</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN - **Direitos humanos e deficiência uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência.** *Idem. OP. Cit.* P.116.

pessoas com deficiência fossem reconhecidas como agentes de direito para a integração total na sociedade<sup>40</sup>.

Em 17 de dezembro de 1991, a Assembleia Geral da ONU adotou os “Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e a Melhoria da assistência à Saúde Mental”<sup>41</sup>. Esses princípios foram considerados um novo ponto de partida na percepção do papel da legislação nessa área, dando importância para o tratamento positivo e a qualidade do trato nas questões de interesse mais tradicionais como o direito à liberdade<sup>42</sup>.

Ao concluir o decênio dedicado à deficiência, em 1992, a Assembleia Geral declarou o dia 03 dezembro como o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência<sup>43</sup> e, um ano depois, em dezembro de 1993, a Assembleia Geral adotou regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência<sup>44</sup>. Apesar de não ter caráter vinculante, foi instrumento chave para a elaboração de normas que orientaram as ações nessa esfera, dando ênfase à perspectiva dos direitos das pessoas com deficiência<sup>45</sup>.

As Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as pessoas com deficiência foram guia principal para as Nações Unidas, em matéria de deficiência, até a adoção da CDPD. Apesar de as Regras Gerais não estarem contidas em nenhum Tratado Internacional, mesmo não sendo juridicamente vinculativo, representaram o compromisso moral e político dos Estados em relação à igualdade e à diversidade de oportunidades para pessoas com deficiência. Isso porque adotam um modelo baseado em direitos humanos, ao garantir às pessoas com deficiência, na qualidade de membros da sociedade, o exercício dos mesmos direitos e obrigações das pessoas não deficientes, deixando assim, em segundo plano, a reabilitação e a prevenção<sup>46</sup>.

Como as Regras Gerais não eram normas obrigatórias, abriu-se o debate acerca da criação de um instrumento jurídico com amplitude internacional que assegurasse, além das políticas sociais, a igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência, bem como o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais<sup>47</sup>.

---

<sup>40</sup> The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 20

<sup>41</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>42</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN – *Idem. OP. Cit* P. 117.

<sup>43</sup> ONU, O The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years. P. 20

<sup>44</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>45</sup> ONU – Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências. Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>46</sup> GONZALEZ RAMOS, Alonso karim - *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. P. 18

<sup>47</sup> DURÁN Y LALAGUNA, Paloma - *El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas. OP. Cit*. P. 14.

Assim, em 2002, formou-se um Comitê *ad hoc* para debater e considerar a possibilidade de elaborar um instrumento jurídico. Na ocasião, surgiram questionamentos sobre o tipo de instrumento jurídico que deveria ser elaborado e como seriam as relações entre os instrumentos existentes em matéria de direitos humanos, até mesmo porque os textos das Nações Unidas se reportavam à sua própria carta fundacional que reiteram a universalidade de direitos e as liberdades fundamentais para todas as pessoas sem qualquer distinção<sup>48</sup>.

Por sua vez, o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos; no artigo 2.º, reitera o exercício de direitos para todos sem distinção de qualquer tipo. Declara ainda a igualdade perante a lei sem qualquer discriminação e, especificamente, o artigo 25 reconhece o direito à segurança em casos de desemprego, doença ou incapacidade<sup>49</sup>.

A par da Declaração Universal, os Pactos que versam sobre os direitos das pessoas com deficiência são textos sobre direitos humanos no âmbito das Nações Unidas e contêm referências implícitas ou explícitas à deficiência<sup>50</sup>.

### **1.2.1 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966**

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi adotado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas com vigência a partir de 1976. Versa sobre os direitos relativos à existência humana e à integridade das pessoas, dentre outros, incluindo o direito à vida, à liberdade e a não receber tratamento cruel, desumano e degradante<sup>51</sup>.

No que diz respeito à deficiência, mesmo sem previsão expressa, é possível perceber a conexão, sobretudo, com algumas práticas relacionadas com as pessoas com deficiência psiquiátrica institucionalizadas<sup>52</sup>.

O instrumento jurídico prevê também os direitos à liberdade e à segurança da pessoa que, concretamente, no âmbito da deficiência, tem relevância no contexto do internamento civil de indivíduos com deficiências psíquicas. Esses direitos são extensíveis à liberdade e à simples

---

<sup>48</sup> DURÁN Y LALAGUNA, Paloma – *El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas*. *Idem. OP. Cit.* P. 113.

<sup>49</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, SHIVAUN – **Direitos humanos e deficiência uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência**. *Idem. OP. Cit.* P. 116.

<sup>50</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>51</sup> Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

<sup>52</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina - *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. P. 29.

possibilidade de acessibilidade em ambientes e em transportes públicos<sup>53</sup>. Abarca o direito de constituir família e outros direitos conexos, pois os direitos de casar e formar família, na prática, eram frequentemente violados no contexto da deficiência, porque os sujeitos não tinham liberdade nem autonomia para exercerem tal direito<sup>54</sup>.

Da mesma forma, os direitos políticos clássicos, como o direito à liberdade de pensamento, à liberdade de opinião, à participação em reunião pacífica, à condução dos assuntos públicos e à igualdade, semelhantemente devem ser garantidos às pessoas com deficiência<sup>55</sup>.

### 1.2.2 Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966

O Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais foi concluído em 1966 e entrou em vigor 10 anos mais tarde, em 1976. No artigo 2.º, está previsto a não discriminação por raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação económica, nascimento ou qualquer outra situação. Trata-se de cláusula genérica de não discriminação, que deveria ser estendida às pessoas com deficiência<sup>56</sup>.

O Pacto amparava a não discriminação, o direito à igualdade entre homens e mulheres, o direito à educação, à saúde, ao trabalho em condições justas e favoráveis, à seguridade social, à proteção da família, a um padrão de vida adequado e a participação da vida cultural<sup>57</sup>.

Esses instrumentos de direitos humanos abordados, neste capítulo, são o quadro genérico para garantir a não discriminação em qualquer caso<sup>58</sup>. Daí a necessidade de elaboração de um instrumento jurídico específico que garantisse os direitos e as liberdades das pessoas com deficiência, isto é, era preciso a elaboração de um tratado internacional direcionado especificamente às pessoas com deficiência, para que estas deixassem de ser cidadãos invisíveis ante a sociedade.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina - *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. P. 29.

<sup>54</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina – *Idem. OP. Cit.* P. 38.

<sup>55</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>56</sup> DURÁN Y LALAGUNA, Paloma - *El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas* – *Idem. OP. Cit.* P. 116

<sup>57</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *Idem. OP. Cit.* P.46.

<sup>58</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Idem. OP. Cit.* P. 46.

<sup>59</sup> *Idem. Ibidem.*

## **2 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como tratado de direitos humanos e de desenvolvimento**

Com a criação de uma nova convenção internacional específica, além de dar visibilidade às pessoas com deficiência, o documento seria referência global para as políticas e para as legislações internas sobre a matéria. Assim, os governos nacionais poderiam seguir o modelo adotado pela Convenção comprometendo-se em promover ações positivas.

Embora os citados instrumentos jurídicos, apresentados no Capítulo anterior, prevejam garantias e promoção de proteção dos direitos humanos de forma ampla, tornou-se necessária a criação de outro instrumento a partir do novo paradigma de direitos humanos das pessoas com deficiência<sup>60</sup>.

Desse modo, a Assembleia Geral, por meio da Resolução 56/168, de 19 de dezembro de 2001, decidiu pela criação de comitê especial para participação de todos os Estados Membros das Nações Unidas a fim de examinar a proposta de uma convenção internacional ampla e integral, com força vinculativa, para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência. O foco seria dado ao desenvolvimento social, aos direitos humanos e a não discriminação, levando em consideração as recomendações da Comissão de Direitos Humanos e da Comissão de Desenvolvimento Social<sup>61</sup>.

Depois de oito sessões, em 13 de dezembro de 2006, quatro anos após a Assembleia Geral, o texto da Convenção foi aprovado e, em 20 de março de 2007, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e o Protocolo Facultativo foram abertos para os Estados e para as Organizações Regionais de Integração, conforme previsto no artigo 42 da Convenção. A Convenção entrou em vigor em 03 de março de 2008<sup>62</sup>. A CDPD é o primeiro instrumento de direitos humanos a reconhecer que todas as pessoas são titulares de direitos e que a deficiência não pode ser usada como justificativa para negação ou restrição de direitos humanos<sup>63</sup>.

A Convenção, como instrumento de direitos humanos, não pode ser vista de forma simplista dada a relevância em âmbito internacional. O instrumento leva em consideração valores da dignidade, da autonomia, da igualdade e da solidariedade que sustentam a missão de direitos humanos, porque esses valores formam a base de um sistema complexo de liberdades

---

<sup>60</sup> CISTERNAS REYES, María Soledad Cisternas - *Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global*. P. 36.

<sup>61</sup> ONU. Assembleia Geral - Resolução 56/168.

<sup>62</sup> GONZALEZ RAMOS, Alonso karim Gonzalez - *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. P. 22

<sup>63</sup> DEGENER, Theresia - *Disability in a Human Rights Context*. P. 03.

fundamentais respaldadas e promovidas pela legislação internacional sobre direitos humanos, a fim de proteger contra o abuso de poder e alcançar mudanças positivas<sup>64</sup>.

Conor O'Mahony faz uma provocação sobre dignidade humana no conceito constitucional e aborda se se trata de um princípio ou de uma norma. Para o autor, embora haja diferentes entendimentos sobre o assunto, envolve elementos descritivos que implicam corolário normativo. Isto é, todo ser humano tem uma dignidade inerentemente humana, independentemente das suas características externas, e que, em razão dessa dignidade intrínseca, deve 'receber' direitos humanos com base na igualdade de tratamento e respeito<sup>65</sup>.

A dignidade, como princípio constitucional, contribui para desenvolver um corpo jurisprudencial de direitos constitucionais e para o desenvolvimento do consenso sobre questões de direito. Entretanto, ainda assim, as diferenças culturais persistirão em casos específicos, pois, mesmo que o conceito de dignidade humana seja universal, seu conteúdo e aplicação dependem de circunstâncias muito específicas como as históricas, as culturais e os factores sociais<sup>66</sup>.

Na concepção de José Francisco Bariffi e Agustina Palácios, a dignidade humana é princípio constitucional dos direitos humanos, sendo que cada pessoa tem inestimável valor e ninguém é insignificante. As pessoas devem ser avaliadas não apenas porque são úteis, do ponto de vista económico ou físico, mas por seu valor intrínseco. A dignidade como valor é um grande passo para entender a deficiência baseada nos direitos humanos para a mudança de paradigma, haja vista que as pessoas com deficiência eram, frequentemente, tratadas como objetos de proteção ou compadecimento<sup>67</sup>.

Numa concepção filosófica, a conexão entre a dignidade e a autonomia está ligada ao princípio da racionalidade, pois é o poder da razão e a capacidade de moldar seu próprio destino que separa o seres humanos de outros animais<sup>68</sup>.

O valor da autonomia é baseado na suposição de existência da capacidade de ação e do comportamento autodirigido, portanto, ele se apoia na imagem implícita de uma pessoa "moralmente livre". Inclusive, no contexto da deficiência, são necessários verdadeiros esforços políticos e sociais a capacitar as pessoas com deficiências para exercerem, de forma ampla, o seu direito de autodeterminação<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina - *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Idem. OP. Cit.* P. 28.

<sup>65</sup> O'MAHONY, Conor - *There is no such thing as a right to dignity.* P.552.

<sup>66</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>67</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *Idem. OP. Cit.* P. 30

<sup>68</sup> O'MAHONY, Conor - *There is no such thing as a right to dignity. Idem. OP. Cit.* P. 553.

<sup>69</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit.* P. 40.

A igualdade, valor básico no sistema de liberdades fundamentais que a legislação de direitos humanos postula, trata como premissa fundamental que todas as pessoas, independentemente de suas diferenças, têm direito<sup>70</sup>.

O valor da solidariedade se baseia no reconhecimento de que existem vínculos e obrigações mútuos entre pessoas de uma mesma comunidade política. Isso significa reforçar as liberdades fundamentais mediante apoios sociais e econômicos substanciais, porque o propósito da solidariedade deve ser o de dar a todas as pessoas a possibilidade de participarem de todos os processos gerais da sociedade<sup>71</sup>.

É irrefutável que a CDPD é um importante instrumento às pessoas com deficiência, pois dá a elas visibilidade dentro de um sistema de proteção de direitos humanos, por ser uma ferramenta jurídica vinculante a fazer valer os direitos dessas pessoas. Ademais, a Convenção deve ser interpretada como uma tendência mundial em favor de restaurar a visibilidade das pessoas com deficiência, tanto no âmbito dos valores como no âmbito do direito<sup>72</sup>.

O objetivo do instrumento vinculativo é “promover, proteger e garantir o gozo pleno e igual de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas com deficiência, e promover o respeito à sua dignidade inerente”<sup>73</sup>. Nota-se que a CDPD não introduziu novos direitos humanos, conquanto os fortaleceram, solidificando-os e deixando-os mais práticos em relação às pessoas com deficiência, porque outros tratados de direitos humanos, originários da ONU, não cumpriram com esse propósito<sup>74</sup>.

As expressões “promover, proteger e garantir”, adotadas na CDPD, são significativas. O vocábulo “proteger” significa que o Estado não deve interferir nos direitos civis e políticos; já a expressão “promover” diz respeito às ações afirmativas internas, que sustentem exercício dos direitos e dificultem terceiros de impedi-los, está relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais. Em relação ao termo “garantir”, importa em dizer que os Estados providenciem “medidas legislativas, administrativas, orçamentais, judiciais e/ou promocionais para assegurar, proativamente, a prossecução do propósito desta Convenção”<sup>75</sup>.

A CDPD se baseia nos princípios do respeito pela dignidade, autonomia, liberdade; não discriminação; participação e inclusão plena e efetiva na sociedade; respeito pela diferença e

---

<sup>70</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit.* P. 40.

<sup>71</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>72</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>73</sup> Artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Eduardo; PEREIRA, André Dias, VÍTOR, Paula Távora; NETO, Luísa; GOMES, Joaquim Correia - *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário.* P. 325.

<sup>75</sup> *Idem - Ibidem.*

aceitação de pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; igualdade de oportunidade; acessibilidade; igualdade entre homens e mulheres; respeito pelas capacidades em evolução das crianças com deficiência e respeito pelo direito das crianças com deficiência de preservar suas identidades<sup>76</sup>.

Antes da CDPD, a CDFUE tratava da integração das pessoas com deficiência, prevendo que “a União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”<sup>77</sup>. No mesmo sentido, a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, cumpre com a determinação da CDPD, quando dispõe, no artigo 2.º, que a aplicação efectiva do princípio da igualdade exige uma protecção judicial adequada contra actos de retalia à igualdade de tratamento, sem ação qualquer de discriminação, direta ou indireta, às pessoas com deficiência<sup>78</sup>. Destaca-se ainda que o artigo 71.º, da CRP, garante que os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres. Versa ainda que o o Estado deve realizar política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias<sup>79</sup>.

## 2.1 A Convenção enquanto instrumento vinculativo

Mesmo versando sobre direitos humanos, o objetivo da CDPD não pode ser visto como redundância aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos existentes desde 1948. Ainda que sem incorporar novos direitos, foi a resposta da ONU à falta de cumprimento ou de conscientização de praticamente todos os textos vinculantes de alcance internacional, especialmente, quando uma pessoa se encontra indefesa ou vulnerável por causa de sua deficiência<sup>80</sup>.

Com isso, a Convenção emerge da ampla proteção dos direitos humanos inerentes a todas as pessoas, inclusive àquelas com deficiência, como um exame de consciência internacional sobre um problema específico que é o descaso ou a falta de preocupação com as pessoas com deficiência e sua inclusão social<sup>81</sup>. Tal exame não se deu a partir da correção da “deficiência”,

---

<sup>76</sup> ONU. Artigo 3º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>77</sup> Carta Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia.

<sup>78</sup> Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000.

<sup>79</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10

<sup>80</sup> DÍEZ JALON, Maria Bueyo – *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*. P. 33.

<sup>81</sup> *Idem - Ibidem*.

mas sim a partir do entendimento de que se trata de direitos humanos e respeito aos direitos fundamentais. Por isso a necessidade do envolvimento do Estado e da sociedade para promover a inclusão social, garantir a igualdade e a não discriminação.

A Convenção Internacional produziu uma mudança substancial, no mundo da deficiência, com plenos efeitos legais que são vinculativos aos Estados Partes, impondo a eles várias obrigações, especialmente, reforma normativa e adequação de políticas ativas no âmbito da deficiência. Assim, com a ratificação dos Estados Partes ao texto da CDPD e do Protocolo Facultativo, o principal dever é alterar o direito interno para adequá-lo às disposições do texto internacional<sup>82</sup>.

Atualmente, 197 Estados Partes ratificaram a Convenção e 104 aderiram ao Protocolo Facultativo<sup>83</sup>. Os Estados Partes ratificadores, dentre eles, Portugal e Brasil, estão legalmente obrigados a respeitar os padrões da Convenção.

## **2.2 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Portuguesa (CRP) à luz do princípio *pro homine* (n.º 4 do art.º 4.º da CDPD)**

O artigo 8.º da CRP prevê que as normas e os princípios dos tratados internacionais são integrantes do direito português<sup>84</sup>, isso porque são ratificadas ~~recepções~~ automaticamente pelo direito interno, independentemente da criação de leis ou outros mecanismos para considerá-los integrados ao ordenamento interno<sup>85</sup>. Foi justamente o que aconteceu em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a CDPD.

Enquanto o artigo 4.º da CDPD<sup>86</sup> determina obrigações gerais dos Estados Partes a fim de “garantir e promover a plena realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência, sem discriminação de qualquer tipo com base na deficiência”, dentre as obrigações, o n.º 4 desse artigo dispõe acerca da abstenção “de praticar qualquer ato ou prática que seja inconsistente com a presente Convenção e garantir que autoridades e instituições públicas ajam em conformidade com a presente Convenção”.

O objetivo do dispositivo, segundo Felipe Venade de Sousa, “consiste em afirmar um princípio geral da interpretação e aplicação da CDPD, no sentido de ser uma garantia da

---

<sup>82</sup> DÍEZ JALON, Maria Bueyo – *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*. P. 33

<sup>83</sup> Base de Dados dos Órgãos do Tratado da ONU acerca do Status de ratificação da CDPD - Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>84</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, *Diário da República* n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10

<sup>85</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 248.

<sup>86</sup> ONU. Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência.

cláusula *pro homine* e de efetividade da proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência”<sup>87</sup>, haja vista que a norma teria um alcance mais amplo para assegurar o gozo dos direitos e liberdades.

No plano material, ao analisar a harmonização do Direito Internacional de Direitos Humanos e a Constituição, na Lei e na própria Convenção, não há que se falar em hierarquia entre eles, pois possuem comunicabilidade entre si. Ou seja, se complementam em razão do princípio *pro homine*, o qual sempre será aplicável para ampliar e assegurar o direito que faz parte de algum tratado e que o Estado Parte não poderá deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno.<sup>88</sup>

Ademais, nas palavras de Felipe Venade Sousa, a “aplicação da CDPD tem como base geral o art. 4.º, n.º 4, da Convenção; ou seja, o primeiro pressuposto a aplicar é a regra de que as fontes do Direito não se excluem entre si, entre a CDPD e outras fontes”<sup>89</sup>.

A razão para evocar o princípio *pro homine* justifica-se no facto de que, embora Portugal tenha ratificado a CDPD e o Protocolo Facultativo, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não integrou a Convenção de forma expressa no direito interno. Contudo, não quer dizer que o ordenamento interno não tenha normas constitucionais e infralegais que versem acerca dos direitos das pessoas com deficiência.

Ao analisar a compatibilidade entre a Convenção e a legislação interna, é perceptível que a Constituição da República Portuguesa dispõe a respeito da proteção das pessoas com deficiência, fazendo-lhes referência nos artigos 71.º e 74.º art.º 74.º, n.º 2, al. g.<sup>90</sup> O art.º 71, n.º 1, garante às pessoas com deficiência igualdade de direitos e deveres, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados. No n.º 2, obriga o Estado a desenvolver uma política de “prevenção, de tratamento, reabilitação e integração da pessoa”; e, no n.º 3, afirma ser o dever do Estado apoiar as organizações de cidadãos portadores de deficiência. O artigo 74.º, n.º 2, g, promove o apoio e o acesso ao ensino às pessoas com deficiência.<sup>91</sup>

Partindo da verificação de harmonia entre a CRP e a Convenção, Alexandra Chícharo das Neves observa, criticamente, que o artigo 71.º, n.º 1, possui uma redação cunhada no modelo

---

<sup>87</sup> SOUSA, Felipe Venade - **A interação entre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Portuguesa sob enfoque do princípio *pro homine***. P. 31.

<sup>88</sup> GOMES, Luiz Flávio - **Direito Internacional dos Direitos Humanos – Validade e Operacionalidade do Princípio *Pro Homine***. P. 499.

<sup>89</sup> SOUSA, Felipe Venade - *Idem*. **Op. Cit.** P. 31.

<sup>90</sup> NEVES, Alexandra Chícharo das – **A Compatibilização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência com a legislação em vigor**. P. 40.

<sup>91</sup> PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, **Diário da República** n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

médico, porque está direcionada à “reabilitação e tratamento da pessoa com deficiência e não da concepção da sua inclusão na sociedade e na construção de uma sociedade plural”. A autora afirma ainda que “o art.º 74.º, n.º 2, al. g, omite o direito ao ensino inclusivo - com direito a apoio especial -, aparentemente encontrando-se assente na ideia de que as pessoas com deficiência devem frequentar o ensino especial e não o regular”. No entanto, ainda assim, conclui que há compatibilização da Convenção com CRP, porque tais dispositivos, combinados com o artigo 13.º da CRP, consagram os “princípios da igualdade e da universalidade e, conseqüentemente, gozando da natureza dos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias”.<sup>92</sup>

### **3 Alcance do princípio *pro homine* no âmbito das normas da Convenção dos Direitos das Pessoa com Deficiência à luz do art.º 16.º da Constituição da República Portuguesa**

Ainda à luz do princípio *pro homine* e da compatibilização das normas prevista na CDPD e na CRP, evidencia-se o art.º 16.º, n.º 1, da CRP, o qual determina que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”<sup>93</sup>. Notadamente, reflete no entendimento de que, quando se trata de direitos fundamentais, os tribunais não podem deixar de levar em consideração os existentes nas leis e na Convenção. Ademais, por força do art. 27 da Convenção de Viena, “[...] nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno”.<sup>94</sup>

Outrossim, os tratados de direitos humanos assumidos pelos Estados devem ser cumpridos por garantir a dignidade da pessoa humana, reconhecida como fundamento dos direitos fundamentais constitucionalmente prestigiados, seja de forma implícita, seja explícita, destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e a igualdade. O Estado deve respeitar, não por mera liberalidade, mas por haver vinculação jurídica enquanto Estado de Direito<sup>95</sup> consubstanciado no artigo 2.º da CRP<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> NEVES, Alexandra Chícharo das – **A Compatibilização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência com a legislação em vigor**. P. 40.

<sup>93</sup> Constituição da República Portuguesa, **Diário da República** n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10

<sup>94</sup> GOMES, Luiz Flávio - **Direito Internacional dos Direitos Humanos – Validade e Operacionalidade do Princípio Pro Homine**. *Idem*. **OP. Cit.** P. 500.

<sup>95</sup> NOVAES, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana**. V. 1. P.69 e 72

<sup>96</sup> Artigo 2.º. A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Sob esse prisma, José Joaquim Gomes Canotilho defende que “a República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdade fundamentais”<sup>97</sup>. Pela análise antropológica dos direitos fundamentais consagrados na CRP, “reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado”, caracterizando “integração pragmática” dos direitos fundamentais composta pela “integridade física e espiritual”, encontrada nos artigos 24.º, 25.º e 26º da CRP; “garantia da identidade e integridade da pessoa”, explicita no art. 26.º; “imperativo social do estado de direito”, garantido pelos arts. 53.º, 58.º, 63.º e 64º; “garantia e defesa da autonomia individual”, “dignidade social” e igualdade de tratamento normativo, prevista no art. 13.º.

Nesse contexto, afirma-se que o “direito à autonomia e à autodeterminação, [...], são direitos materialmente constitucionais porque os mesmos são desenvolvimentos, corolários ou concretizações de direitos e princípios fundamentais”<sup>98</sup>.

Conforme anunciado, a CDPD é o primeiro instrumento internacional de direitos humanos que reconhece que todas as pessoas com deficiência são titulares de direitos e que a deficiência não pode ser usada como justificativa para negação ou restrição de direitos humanos, muito menos supressão da dignidade da pessoa humana. Assim, ainda que a CRP não tenha recepcionado expressamente a CDPD, as obrigações nela previstas devem ser cumpridas e o direitos, garantidos. Outrossim, as normas que asseguram os direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretadas de forma mais ampla e favorável; por outro lado, quando a norma restringe gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições.

Destarte, verifica-se que a CRP está em sintonia com os novos paradigmas e direitos emanados da CDPD, a evidenciar a compatibilidade entre os referidos instrumentos normativos.

### **3.1 Aplicabilidade dos direitos previstos na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência na ordem jurídica interna em Portugal**

A CDPD foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho; enquanto que o respetivo Protocolo Adicional, aprovado pela Resolução da Assembleia da

---

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Idem. OP. Cit. P. 248.*

<sup>98</sup> NEVES, Alexandra Chícharo das - *A Compatibilização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência com a legislação em vigor*. *Idem. OP. Cit. P. 42.*

República n.º 57/2009, de 30 de julho, foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de julho<sup>99</sup>.

Todas as legislações destinadas às pessoas com deficiência estão compatibilizadas com a Convenção, mas, certamente, em razão do art. 12.º da CDPD, a lei que provocou modificação relevante no ordenamento jurídico interno foi a Lei n.º 49/2018, de 14/09<sup>100</sup>. Ela cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil<sup>101</sup>. Além disso, alterou dispositivos da legislação nacional, como o Código e Processo de Civil, o Código de Processo Penal, o Código Comercial e outros.

### **3.2 Implementação e monitorização - políticas de *mainstreaming***

Ao aderir à Convenção, implica afirmar que o Estado Parte concorda com os termos exigidos pela CDPD e, em razão disso, deverá tratar as pessoas com deficiência com igualdade em relação às outras pessoas. Para tanto, é necessário envolver diversos estores a fim de promover ações afirmativas, sendo uma delas adequar a legislação interna visando a garantir a igualdade, a acessibilidade à inclusão, a integração e a não discriminação<sup>102</sup>.

Para assegurar que haverá a implementação e o monitoramento da Convenção, o artigo 33 da CDPD exige que o Estado Parte, de acordo com sua estrutura organizacional, crie um mecanismo independente para promover, proteger e monitorar a implementação da Convenção.

A relevância do mecanismo de coordenação consiste em apoiar e promover uma sociedade mais inclusiva por meio das políticas de *mainstreaming*, ou seja, o Estado Parte, ao criar políticas, deverá propô-las de forma integrativa e inclusiva, e respeitar as diversidades da população, tendo em vista que os indivíduos possuem necessidades diferentes<sup>103</sup>.

As políticas de *mainstreaming* devem ser propostas e executadas de forma sistêmica; levar em consideração as características das pessoas, tais como gênero, etnia, raça e orientação sexual; e envolver a sociedade para participar ativamente de todo o processo de monitorização da convenção<sup>104</sup>. Afinal, não basta criar políticas sem o envolvimento das instituições públicas

---

<sup>99</sup> Guia Prático - Os Direitos das Pessoas com Deficiência em Portugal.

<sup>100</sup> PORTUGAL, Lei n.º 49/2018.

<sup>101</sup> Foram alterados os artigos 32.º, 85.º, 131.º, 138.º a 156.º, 320.º, 488.º, 705.º, 706.º, 1003.º, 1174.º, 1175.º, 1176.º, 1601.º, 1604.º, 1621.º, 1633.º, 1639.º, 1643.º, 1650.º, 1708.º, 1769.º, 1785.º, 1821.º, 1850.º, 1857.º, 1860.º, 1861.º, 1913.º, 1914.º, 1933.º, 1970.º, 2082.º, 2189.º, 2192.º, 2195.º e 2298.

<sup>102</sup> VÍTOR, Paula Távora; NETO, Luísa; GOMES, Joaquim Correia - **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário.** Idem. *OP.Cit.* P. 327.

<sup>103</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>104</sup> *Idem. Ibidem.*

privadas e dos cidadãos, pois são estes os agentes de concretização e modificação de direitos, seja na educação, seja na familiar, seja na saúde, seja na política etc.

O Estado Parte deve estabelecer pontos focais nacionais para monitorar a implementação dos preceitos da Convenção. Em vista disso, Portugal estabeleceu o Regime Jurídico do Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Me-CDPD), criado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 68/2014, de 21 de novembro, e, posteriormente, foi criada a Lei N.º 71/2019, de 2 de setembro.

### **3.3 Regime Jurídico do Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Lei N.º 71/2019, de 2 de setembro)**

O Mecanismo Nacional de Monitorização da Implementação da CDPD (Me- CDPD) foi instituído pela Lei n.º 71/2019, de 2 de setembro, e trata-se de um organismo independente e funciona junto da Assembleia da República. É formado por 11 membros, composto por um representante do Provedor de Justiça; um representante da Comissão de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência; dois representantes das confederações, federações ou associações de âmbito nacional na área da defesa dos direitos das pessoas com deficiência; cinco representantes de Organizações Não Governamentais das Pessoas com Deficiência (ONGPD), um por cada uma das áreas da deficiência: visual, motora, intelectual, auditiva e orgânica; e duas personalidades de reconhecido mérito<sup>105</sup>.

Compete ao ME-CDPD a promoção, a proteção e a monitorização da implementação da Convenção, o que, de certa forma, cumpre uma das exigências previstas na Convenção para promover, proteger e monitorar a implementação da CDPD.

No relatório sobre a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2016, por exemplo, recomenda-se a criação de um mecanismo para desenvolver capacidades e promover a partilha de boas práticas entre as diferentes instituições da União Europeia (UE) e entre a UE e os seus Estados-Membros, no que se refere a uma ajuda humanitária acessível e inclusiva em matéria de deficiência; a garantia de cuidados de saúde oportunos, adequados e completos; a promoção da livre circulação das pessoas com deficiência na UE, garantido, eliminando todas as barreiras ainda existentes; a aplicação de

---

<sup>105</sup> PORTUGAL. Lei n.º 71/2019.

controles apropriados. Além dessas recomendações, sugere-se a cooperação com os centros de emprego e as empresas, para evitar que pessoas com deficiência sejam marginalizadas do mercado de trabalho e aproveitar todo o seu potencial; e a efetivação de estudos sobre a utilização de tecnologias de assistência na educação. Recomenda ainda que a UE assuma a liderança em matéria de inclusão das pessoas com deficiência nas estratégias de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável<sup>106</sup>.

#### **4 Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) à luz do princípio *pro homine***

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no título dos Direitos Fundamentais, caput do artigo 5.º, consagra o Princípio da Igualdade e, em vários dispositivos, de forma expressa, relaciona matérias de proteção das pessoas com deficiência<sup>107</sup>.

O artigo 7.º, inciso XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; o artigo 37.º, inciso VIII, reserva empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência; o artigo 203.º, inciso IV, garante a assistência social às pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; o artigo 227, inciso II, promove a integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência; e, no artigo 244, determina que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência<sup>108</sup>.

Por versar sobre direitos humanos, o Brasil recepcionou a Convenção como Emenda Constitucional, na forma prevista pelo artigo 5º, §3º da CF/88. A partir de então, criou o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a Lei de nº. 13.146, de 6 de julho de 2015. Esta lei impactou sobremaneira o direito interno brasileiro, porque alterou e revogou alguns artigos do Código Civil Brasileiro, “trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das

---

<sup>106</sup> ONU – **RELATÓRIO sobre a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial no que se refere às observações finais da Comissão CDPD das Nações Unidas.**

<sup>107</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>108</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela”<sup>109</sup>.

O artigo 3º do Código Civil dispunha que eram absolutamente incapazes os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade<sup>110</sup>. Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, parte do artigo 3º foi revogado, mantendo-se apenas como absolutamente incapaz os menores de 16 anos. Além disso, o EPD promoveu nova redação ao tópico dos relativamente incapazes, contidos nos incisos II e III do artigo 4º, eliminando destes dispositivos as pessoas por deficiência mental com discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Em decorrência da modificação da capacidade civil, houve mudanças dos artigos 1.518, 1.548, I, 1.550 e 1.557, os quais versam sobre a capacidade e a invalidade do casamento, quando realizado com pessoas com deficiência, houve mudança também no Capítulo da Curatela, nas seções I e II, com revogações e modificações consideráveis do artigo 1.767 a 1.777. Em contrapartida, incluiu o Capítulo III, que dispõe acerca da Tomada de Decisão Apoiada.

Essas alterações aconteceram, porque o artigo 6º do EPD dispõe que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, garantindo-lhe o direito de casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos; conservar sua fertilidade; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas<sup>111</sup>.

No direito brasileiro, além do EPD, existem outras legislações acerca dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possuem rol exemplificativo, haja vista que, cada ente político, Município e Estados Federativos, têm a competência para legislar sobre o assunto, obviamente, desde que não contrarie o preceito Constitucional e a Lei Federal. Reiteramos que, com o amparo do princípio *pro homine*, as normas que asseguram os direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretadas de forma mais ampla e favorável, e, se alguma norma restringir gozo de um direito, valerá a norma com menores restrições.

---

<sup>109</sup> TARTUCE, Flávio – **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Primeira parte.**

<sup>110</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

## **CAPÍTULO II – A CAPACIDADE JURÍDICA À LUZ DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.**

No capítulo anterior, foi exposto sobre os direitos das pessoas com deficiência no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos antes da CDPD. Notamos que, embora as principais Convenções assegurem a proteção das pessoas com deficiência, a previsão é tímida e sem efeito vinculativo aos Estados Partes. Para assegurar os direitos da pessoa com deficiência, foi necessário criar um instrumento juridicamente vinculativo aos Estados Partes, daí criou-se a CDPD, a qual tem natureza vinculativa.

A CDPD, como instrumento vinculativo, trouxe mudanças significativas em relação ao tratamento às pessoas com deficiência ao abordar o assunto na ordem dos direitos humanos. Essa abordagem faz com que os Estados Partes criem, alterem ou adequem seus ordenamentos internos a fim de assegurar a concretização dos objetivos da Convenção, em particular, o previsto no artigo 12.º, que trata de questões acerca da personalidade, da capacidade de direito e de agir.

Antes de nos aprofundarmos no que concerne ao artigo 12º da CDPD, relembremos o conceito de capacidade jurídica e como é tratado o regime das incapacidades.

É sábia que toda pessoa, desde seu nascimento, é detentora de direito, ou seja, tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações. No entanto, embora tenha a capacidade de direito, a lei, fosse em razão da idade, da saúde ou do desenvolvimento mental e intelectual das pessoas, impunha limite para exercer pessoalmente seu direito, com o intuito de proteção<sup>112</sup>. Em razão disso, passou-se a classificar as pessoas como capazes ou incapazes e a distinguir a capacidade de direito (ser titular de direito) e da capacidade de exercício, ou seja, o direito de agir na órbita do direito<sup>113</sup>.

O legislador, partindo do pressuposto de que o menor é imaturo para agir em interesse próprio e da falta de maturidade atribuída às pessoas com deficiência mental ou intelectual, incluiu esses indivíduos no rol dos incapazes “a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses”<sup>114</sup>, obrigando-os a serem representados ou assistidos à prática dos atos da vida civil.

A finalidade do regime das incapacidades pretende, precipuamente, a proteção patrimonial dos negócios e atos jurídicos praticados pelos considerados incapazes, com o

---

<sup>112</sup> RODRIGUES, Silvio - **Direito Civil**. P.39

<sup>113</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>114</sup> *Idem - Ibidem.*

objetivo de proporcionar segurança jurídica às relações contratuais<sup>115</sup>. Não obstante, o regime das incapacidades visasse à proteção patrimonial, ele repercutia nas questões extrapatrimoniais que em nada interagiam com as situações patrimoniais<sup>116</sup>.

Isso que dizer que, na prática, todos os incapazes eram privados de relações afetivas matrimoniais, de procriação, de filiação, de participação da vida política, dentre outros, aniquilando a autonomia, retirando o livre consentimento de quem ainda pode dispor do seu patrimônio e da sua vida pessoal<sup>117</sup>. Essa restrição representa uma grave intromissão do Estado na “liberdade do indivíduo e na sua esfera jurídico-privada”<sup>118</sup>, o que, para António Menezes Cordeiro, caracteriza “o excesso de “civilismo” do legislador, mais preocupado com o Direito comparado do que com o País real”<sup>119</sup>. Em outras palavras, o Estado deve intervir o menos possível na vida privada das pessoas e, ainda assim, quando o fizer, que seja na justa medida.

Por tais razões, busca-se romper com as barreiras erguidas contra as pessoas com deficiência mental, a fim de construir novos paradigmas e ratificar o princípio universal da dignidade da pessoa humana, a impor ao Estado, à comunidade e à família ações destinadas ao exercício de direito das pessoas com deficiência<sup>120</sup>.

À vista disso, a CDPD propõe a autodeterminação das pessoas, independentemente da sua capacidade mental, para que sejam respeitadas como sujeitos de direito concreto. O artigo 12.º “reafirma que as pessoas com deficiência têm direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, à capacidade jurídica”<sup>121</sup>, acarretando em modificações consideráveis acerca das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência mental e dos maiores com capacidade diminuída no direito interno português e brasileiro. A finalidade é preservar a autonomia do maior, sempre que possível, e, excepcionalmente, adotar a representação diante da total incapacidade da pessoa de reger a sua vida patrimonial e extrapatrimonial.<sup>122</sup>

---

<sup>115</sup>MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pensar**. P. 568-599.

<sup>116</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson - **Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil**. P.42

<sup>117</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>118</sup> ALVES, Raúl Guichard – **Alguns Aspectos do Instituto da Interdição. In: Interdição e Inabilitação**. P. 41.

<sup>119</sup> CORDEIRO, António Menezes - **Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores**. P.16.

<sup>120</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pensar. Idem. Op. Cit.** P. 568-599

<sup>121</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>122</sup> SEQUEIRA, Elza de – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito**. P. 209

## **5. Reconhecimento igual perante a lei à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art.º 12.º)**

O artigo 12.º, intitulado de “Reconhecimento Igual Perante a Lei”, evidencia o reconhecimento da personalidade jurídica às pessoas com deficiência, garantindo-lhes a posse e o exercício da capacidade jurídica, direito este que historicamente fora negado ou limitado em razão da deficiência e ainda hoje persistem muitas barreiras ao seu gozo real<sup>123</sup>. Para romper as barreiras, os Estados Partes devem se empenhar para promover a mudança cultural, social, educacional, legislativa e política.

### **5.1 A personalidade jurídica e a capacidade jurídica à luz do Art.º 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**

#### **5.1.1 Reconhecimento da personalidade jurídica**

O n.º 1 do art. 12.º, ao admitir que as “pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei”, não inovou na previsão, tendo em vista que tal direito já estava legitimado no artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>124</sup> e no artigo 16.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos<sup>125</sup> e definido como o Princípio 13 dos Princípios para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de Saúde Mental<sup>126</sup>. Isto é, mesmo antes da CDPD, era garantido às pessoas com deficiência o direito à personalidade jurídica, inclusive, no ordenamento interno constitucional (artigos 1.º, 12.º e 13.º da CRP) e infraconstitucional (artigo 66.º do CC) de Portugal.

Partindo do pressuposto de que as pessoas com deficiência são detentoras de personalidade jurídica, presume-se que são titulares não apenas de direitos, mas também de obrigações, tendo em vista que o direito ao reconhecimento como pessoa é condição necessária

---

<sup>123</sup> BIEL PORTERO, Israel - *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. P.326.

<sup>124</sup> Artigo VI Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>125</sup> Artigo 16. Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. CÓDIGO Civil- LEI n.º 10.406/2002

<sup>126</sup> Princípio 13 - 1. Todo o paciente de uma instituição de saúde mental tem, em particular, o direito ao pleno respeito: a) Do reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica. Princípios para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento Dos Cuidados De Saúde Mental. Resolução 46/119 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

para a titularidade dos direitos. Portanto, não admite exceções ou considerações parciais, ao passo que qualquer restrição a esse direito seria uma violação aos direitos fundamentais<sup>127</sup>.

Deve ser considerado que a personalidade humana é inerente a toda pessoa humana, da qual decorre a personalidade jurídica, que é uma projeção no direito destinada a todas as pessoas, indistintamente<sup>128</sup>. A personalidade jurídica está consubstanciada em três características: o da essencialidade, da indissolubilidade e da ilimitabilidade<sup>129</sup>. Isso quer dizer que só existe personalidade jurídica, quando houver personalidade humana e enquanto esta existir. Ademais, a personalidade jurídica é ilimitada e não admite gradações de personalidade ou a limitação dos direitos de personalidade, embora reverbere na teoria das incapacidades<sup>130</sup>.

A personalidade jurídica é o reconhecimento jurídico da personalidade humana<sup>131</sup> e traduz-se em subjetividade jurídica, que é a propensão abstrata de ser titular de direitos e de obrigações, ou seja, ser sujeito de direito, o que difere da capacidade jurídica, que se refere a uma suscetibilidade concreta, relativa a direitos e deveres<sup>132</sup>.

A subjetividade jurídica está diretamente conectada à personalidade jurídica por ser um atributo do ser humano e, por isso, não quantificável nem mensurável de modo que a pessoa a tem ou não<sup>133</sup>. Evidencia-se que a personalidade jurídica é consagrada, numa visão civil constitucional, como forma de postular proteção aos direitos fundamentais, imprescindíveis para o exercício de uma vida digna<sup>134</sup>.

No contexto civil-constitucional, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são valores soberanos para além de se resumir à titularidade de direitos e obrigações. Representam a compreensão da própria existência<sup>135</sup>, para que a pessoa, imbuída da sua liberdade frente à concretização da dignidade, “construa sua própria vida, realize suas necessidades, faça suas escolhas e adone-se de sua existência, dirigindo-a da forma como entender que lhe traga maior realização”<sup>136</sup>.

---

<sup>127</sup> BIEL PORTERO, Israel - *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Idem. Op. Cit.* P.327.

<sup>128</sup> CARVALHO, Orlando – **Teoria Geral do Direito Civil.** P. 191.

<sup>129</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>130</sup> CARVALHO, Orlando – **Teoria Geral do Direito Civil. Idem. Op. Cit.** P. 191

<sup>131</sup> SEQUEIRA, Elsa Vaz – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito. Idem. Op. Cit.** P. 211.

<sup>132</sup> CARVALHO, Orlando. *Idem. Op. Cit.* P. 192.

<sup>133</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>134</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - **Autonomia Existencial.** P. 80

<sup>135</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** P.110.

<sup>136</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado – *Idem. Op. Cit.* P. 80.

Compreender a própria existência do ser humano possibilita resguardar juridicamente os direitos de personalidade, enquanto direito fundamental, o qual deve ser positivado para que seja efetivado, protegido e garantido em suas relações jurídicas<sup>137</sup>.

O n.º 1.º do artigo 12.º da CDPD reafirma a personalidade jurídica das pessoas com deficiência. É preciso interpretá-lo em conexão com o artigo 2.º da CDPD, que trata da "discriminação baseada em deficiência", levando à conclusão de que qualquer ação que possa impedir a vida ou o gozo do direito à vida (e, conseqüentemente, o direito de personalidade jurídica) deve ser considerada como discriminatória e contrária à CDPD<sup>138</sup>.

A exemplo disso, a Lei brasileira nº 9.263/1996, que trata do planejamento familiar, assenta a possibilidade de esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes (era direcionada especificamente às pessoas com deficiência) mediante autorização judicial<sup>139-140</sup>. Atualmente, diante das novas concepções circunscritas às pessoas com deficiência, é visivelmente discriminatória.

Ao criar as leis, o legislador tem que levar em consideração os valores existentes à época, adaptando o direito à realidade, sempre a respeitar a dignidade humana, pois exerce papel substancial ao sistema vigente, seja em Portugal, seja no Brasil.<sup>141</sup>

### 5.1.2 Reconhecimento da Capacidade Jurídica

Enquanto a personalidade jurídica, abordada no tópico anterior, é a propensão abstrata de a pessoa ser titular de direitos e de deveres, a capacidade jurídica é a suscetibilidade concreta dos direitos e das obrigações. Nesta capacidade, o direito é quantificável, mensurável e varia de acordo com cada pessoa. A capacidade de exercício de direito permite ao sujeito de direito a prática, por si próprio, dos atos da vida civil, seja na aquisição, seja na modificação, seja na extinção das relações jurídicas<sup>142</sup>. Contudo, embora a personalidade jurídica seja ilimitada, tanto no direito brasileiro como no português, a capacidade de agir não era plena para as pessoas maiores consideradas incapazes em razão de enfermidade ou deficiência.

---

<sup>137</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado – *OP. Cit.* P. 82.

<sup>138</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. P.378

<sup>139</sup> BRASIL. Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

<sup>140</sup> Antes da alteração do Código Civil pela Lei de nº 13.146/2015- Estatuto das Pessoas com Deficiência - as pessoas com deficiência mental eram consideradas absolutamente incapazes.

<sup>141</sup> SEQUEIRA, Elsa Vaz. *Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito*. *Idem. OP. Cit.* P. 212.

<sup>142</sup> CARVALHO, Orlando – *Teoria Geral do Direito Civil. Idem. Op. Cit.* P. 181.

O n.º 2º do art. 12.º estabelece que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspetos da vida”. Destaca-se que a capacidade legal não deve ser interpretada apenas como a capacidade de direitos, de gozo, mas como a capacidade de exercício, de agir, ou seja, de tomar decisões em nome próprio, tendo em vista que o valor jurídico e a verdadeira mudança de paradigma desse artigo reside precisamente nessa interpretação<sup>143</sup>.

Após todas as suscitações, o Alto Comissariado das Nações Unidas chegou à conclusão de que a capacidade legal deve ser entendida como a capacidade de direito e a capacidade de agir, que possibilita o direito de assumir obrigações, criando, modificando ou extinguindo as relações jurídicas. No entanto, isso não impede que essa capacidade de agir não possa ser restringida<sup>144</sup>, não sob o viés da deficiência.

Para Francisco José Bariffi, ainda que o n.º 2.º do artigo 12.º adote o conceito amplo de "capacidade jurídica" para garantia de igualdade de tratamento e condições, não oferece garantia absoluta e abstrata do exercício da capacidade jurídica por qualquer pessoa, em qualquer circunstância. Isto significa que o Estado pode limitar a capacidade de exercício das pessoas, mas não em razão da deficiência, pois, se assim o fizer, configurar-se-á discriminação pela deficiência<sup>145</sup>, prevista no artigo 2º da CDPD.

O referido dispositivo da CDPD define que a “discriminação por motivo de deficiência” refere-se ao facto de que a discriminação com base na deficiência pode ter o "propósito" ou "efeito" de impossibilitar o reconhecimento, o gozo ou exercício, em igualdade de oportunidades com os demais. Traduz a ideia de que não importa se a pessoa pretende discriminar, basta que um ato discriminatório ocorra<sup>146</sup>. A deficiência, portanto, nunca pode, por si só, constituir uma justificação para a anulação ou restrição da capacidade legal<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 379.

<sup>144</sup> PALACIOS, Agustina Palacios - *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. P. 452

<sup>145</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P.380.

<sup>146</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>147</sup> BARRANCO, Mariadel Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. *Capacidad Jurídica Y Discapacidad: El Artículo 12 de La Convención de Derechos de Las Personas Con Discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P.66

Tal preceito resulta na aplicação coerente do texto internacional com os valores que sustentam o discurso sobre direitos no campo da deficiência e, em particular, no campo da deficiência mental ou intelectual e sensorial, as quais, tradicionalmente, eram negligenciadas<sup>148</sup>.

O entendimento pela capacidade jurídica impactou diversas legislações internas, porque, alguns códigos civis, tais quais o espanhol, o francês, o alemão e o italiano<sup>149</sup>, inclusive o português e o brasileiro, continham disposições expressas e precisas sobre como proteger as pessoas com deficiência no exercício de seus direitos patrimoniais. Entretanto, no ordenamento jurídico interno, eram silenciosos, de forma direta ou indiretamente, negando o exercício de direitos extrapatrimoniais<sup>150</sup>.

Com o reconhecimento da ampla capacidade legal para exercer direitos em todos os aspectos da vida, há o reconhecimento imediato da capacidade jurídica de todas as pessoas de forma absoluta, sem exceções, não sujeitas às restrições ou suspensões, de modo que as medidas adotadas para proteger os direitos das pessoas com deficiência não substituam sua autonomia<sup>151</sup>.

### 5.1.3 Apoio no exercício da capacidade jurídica

O n.º 3º do artigo 12 estabelece que “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

O dispositivo é claro ao determinar que os Estados Partes deverão implementar medidas e adotar obrigações positivas para eliminar barreiras estruturais, sociais e legais, para propiciar que as pessoas com deficiência alcancem o apoio necessário para exercer plenamente a capacidade jurídica.

Nota-se que a CDPD não define “apoio”, apenas determina que deve ser dado quando a pessoa com deficiência precisar dele para garantir o exercício de sua capacidade legal. Diante disso, questiona-se: como deve ser entendido o apoio?

---

<sup>148</sup> BARRANCO, Mariádel Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. *Capacidad Jurídica Y Discapacidad: El Artículo 12 de La Convención de Derechos de Las Personas Con Discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P.66.

<sup>149</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>150</sup> ASIS ROIG, Rafael de – *Capacid Jurídicia y discapaciad: propuestas para la adaptacion normativa del ordenamento jurídico español al art. 12 de la Convencion Internacinal sobre Los Derechos de las personas com discapacidad*. P.34

<sup>151</sup> BARRIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas condiscapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P.381.

Apoio, em termos gerais, “é baseado nos valores e princípios que reconhecem que a autonomia pessoal pode ser expressa interdependentemente; cada pessoa tem uma vontade e é capaz de escolher os apoios pessoais, em suas diferentes formas, que habilitem o indivíduo (...)”<sup>152</sup>. À vista disso, o apoio previsto pela Convenção é promovido de forma ampla, até mesmo porque qualquer pessoa precisa de suporte em algum momento na vida. Quando ofertado às pessoas com deficiência, a ideia é que sejam respeitadas as vontades e as preferências de cada um.<sup>153</sup>

Patrícia Cuenca Gomes afirma que a garantia da capacidade legal foi uma das disposições que mais gerou polêmica durante as negociações da CDPD. Relata que o Alto Comissariado das Nações Unidas debateu arduamente o alcance da capacidade jurídica buscando responder se esta deveria abranger a capacidade de exercício ou não. Isso porque, a partir do momento em que se estendesse o direito à capacidade de exercício a todas as pessoas, abarcaria aquelas com deficiência mental, intelectual e sensorial, até então consideradas pessoas incapazes, em decorrência da deficiência, na maioria dos ordenamentos jurídicos internos. Por isso, pode-se dizer que foi o mais impactante aos Estados Partes<sup>154</sup>.

Com a vigência da CDPD, o alcance da capacidade jurídica para todos, indistintamente, implicaria mudanças significativas no direito interno de cada país signatário, porquanto, somente assim, cumpriria o propósito da Convenção ao proteger e promover a igualdade garantida às pessoas com deficiência<sup>155</sup>.

Percebe-se que, embora a igualdade prevista na CDPD não esteja sujeita a restrições, reconhece que certas pessoas com deficiência não poderão desfrutar do pleno exercício de sua capacidade jurídica. Por isso, é necessário ter ferramentas de apoio, mas não com o objetivo de substituição a tolher a autonomia da pessoa com deficiência. Ao contrário, o objetivo é que ela possa exercer a autonomia de forma segura e sem que sofra abusos<sup>156</sup>. Para tanto, os Estados devem agir, intervir, modificar, regular ou criar mecanismos para um sistema de apoio à tomada de decisão.

---

<sup>152</sup> BARIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem*. *Op. Cit.* P.381.

<sup>153</sup> VÍTOR, Paula Távora. NETO, Luísa. GOMES, Joaquim Correia – *Op. Cit.* P.33

<sup>154</sup> CUENCA GOMEZ, Patrícia - *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico Español*. P. 80.

<sup>155</sup> *Idem - Ibidem*.

<sup>156</sup> BARIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem*. *Op. Cit.* P.382.

Contudo, a Convenção é omissa sobre como ou o que deve ser o sistema de apoio. Caberá aos Estados Partes certa discricionariedade para implementar os mecanismos de apoio.<sup>157</sup> Eis aí uma linha bastante tênue, porque existe o grande risco de os atos administrativos e legislativos praticados pelos Estados serem dúbios se houver interpretação distorcida ou obscura do objetivo da CDPD. Para evitar esses desvios, a própria Convenção, no artigo 35.º, determina que os Estados Partes enviem relatórios ao Comitê informando as medidas adotadas e o progresso alcançado<sup>158</sup>. Assim, a Convenção marca a transição do modelo de substituição na tomada de decisão para o modelo de apoio à decisão.

Entretanto, há de convir que, em algum momento, excepcionalmente, haverá necessidade de utilizar o modelo de substituição na tomada de decisão à pessoa com deficiência mental grave que não consegue discernir nem ter autonomia para autogovernar-se. Nesses casos, a necessidade de apoio será imensa, que consistirá na prática da "ação de substituição"<sup>159</sup>.

Ainda assim, é relevante impor-se que a ação de substituição será em virtude de determinada situação, sendo avaliado o caso concreto, e não em razão da deficiência em si, até mesmo porque existem incapacidades decorrentes de enfermidades que levam ao impedimento de manifestação de vontade<sup>160</sup>.

Outrossim, a substituição deverá adotar como parâmetro o modelo de apoio. Portanto, dentro do máximo possível, o apoio deve ser coerente com a realidade do modo de vida da pessoa com deficiência, sempre a levar em consideração suas preferências, valores e desejos<sup>161</sup>.

Embora as salvaguardas devam ser especificadas na implementação do sistema de apoio, a Convenção identifica uma série de áreas a observar: que respeitem os direitos à vontade e às preferências do indivíduo; que não haja conflito de interesses ou influência indevida; que sejam proporcionais e adaptadas às circunstâncias do indivíduo; que sejam implementadas no menor tempo possível; que sejam sujeitas à revisão periódica por uma autoridade ou órgão e assegurado que o tribunal competente, independente e imparcial seja proporcional ao grau de quando tais medidas afetam os direitos e interesses dos indivíduos<sup>162</sup>.

---

<sup>157</sup> BARRIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P.382.

<sup>158</sup> ONU - **Convenção das Pessoas com Deficiência**.

<sup>159</sup> BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel – *Capacidad Jurídica Y Discapacidad: El Artículo 12 De La Convención De Derechos De Las Personas Con Discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P.67

<sup>160</sup> *Idem - Ibidem..*

<sup>161</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>162</sup> *Idem - Ibidem.*

## **5.2 Conjugação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Protocolo Adicional com a Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comité de Ministros em 23 de Fevereiro de 1999.**

Mesmo antes da CDPD, percebemos a coerência da redação da Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, com a Convenção, tendo em vista que estabelece os princípios relativos à proteção legal dos adultos incapazes, quando estes não possuírem condições por si para tomarem decisões relativas aos seus interesses pessoais ou financeiro, dentre outros princípios. Podemos dizer que o princípio fundamental, que deve reger as ações sobre essas pessoas, de acordo com o Princípio 1 da Recomendação, é o respeito à dignidade da pessoa humana<sup>163</sup>. Portanto, qualquer legislação ou prática relativa à proteção dos maiores incapazes deverá respeitar os direitos humanos.

O Princípio 3 da Recomendação preconiza a “máxima preservação da capacidade” para que as medidas de proteção não privem, automaticamente, o poder de decisão do adulto incapacitado, assegurando-lhe a autonomia e a responsabilidade pelos seus atos<sup>164</sup>.

Por meio da referida Recomendação, o Comitê de Ministros enfatizou a necessidade de implementar novas tendências na proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, no campo do direito civil. Tal iniciativa é particularmente valiosa, tendo em vista tratar de um ramo do direito evoluído, consideravelmente, no nível internacional, na regulamentação legal da deficiência<sup>165</sup>, principalmente após a CDPD.

Destaca-se a Recomendação R (2004) 10 sobre a proteção dos direitos humanos e a dignidade das pessoas que sofrem de distúrbios mentais. O texto inclui um conjunto abrangente de diretrizes que deve se aplicar para aqueles com distúrbios mentais submetidos ao tratamento involuntário ou à internação hospitalar. Essas diretrizes são baseadas no princípio da não discriminação e do respeito aos direitos no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>166</sup>.

Além disso, o Conselho Europeu, por meio do procedimento de iniciativa legislativa – (INL) 2015/2085, editou a Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de junho de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre a proteção dos adultos vulneráveis e determina que

---

<sup>163</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte - **As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres incapacidades e suprimento - a visão do jurista**. P. 26

<sup>164</sup> DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas Antecipadas de Vontade: Novos Desafios para a Compreensão do Sistema Jurídico pela Consagração do Instituto da Representação Voluntária em Matéria de Direitos de Personalidade**. P.235.

<sup>165</sup> BIEL PORTERO, Israel - *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. *Idem. OP. Cit* P. 372.

<sup>166</sup> *Idem. Ibidem*.

os Estados Partes adotem medidas para garantir que os adultos vulneráveis não sejam alvo de discriminações devido à sua incapacidade<sup>167</sup>.

No mesmo sentido, a Convenção de Oviedo, adotada no âmbito do Conselho da Europa, versa acerca da “proteção das pessoas que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento” referente aos cuidados com a saúde. Estabelece que, quando uma pessoa maior esteja impossibilitada de consentir qualquer intervenção em si, em razão de deficiência mental, a interposição não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”<sup>168</sup>.

O consentimento e o dissentimento para intervenções médicas são atos personalíssimos inerentes à “liberdade e autodeterminação pessoal, a integridade física e psíquica” da pessoa, os quais devem ser exercidos livremente<sup>169</sup>. Quando se trata de adultos com capacidade diminuída, as medidas de proteção não devem cercear-lhes o direito de decisão sobre sua vida pessoal, “cuja vontade deve ser respeitada e preservada a sua capacidade funcional”<sup>170</sup>.

### 5.3 Conceito amplo de deficiência

Não obstante, em tempos atuais, as deficiências física, mental e sensorial ainda sejam alvos de exclusão, discriminação e opressão, estes factores eram tratados de forma muito pior, porque a deficiência era vista estritamente como um problema e, não raro, as pessoas com deficiência ficavam confinadas a institutos distantes e aos cômodos mais isolados da casa de suas famílias, ou desagregados e enviados para outros locais distantes. Em suma, eram tratados como não pessoas e suas decisões eram sempre consideradas insignificantes<sup>171</sup>. Ao longo da história, presenciou-se o infanticídio de crianças que nasciam deformadas, a perseguição de pessoas com deficiência pela Inquisição, na Idade Média, o isolamento em locais inóspitos, no início da Idade Moderna, e o extermínio na Guerra Mundial<sup>172</sup>.

No decurso dos séculos, e de acordo com cada momento da história, o entendimento sobre deficiência transitou das perspectivas místicas fatalistas, ora relacionada à punição pelos

---

<sup>167</sup> Conselho Europeu – Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de junho de 2017. [Em linha]. [Consult. 22 de maio de 2020).

<sup>168</sup> Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina.

<sup>169</sup> DIAS, Patrícia Cardoso – **A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menso restritiva de direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída**. P. 71

<sup>170</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>171</sup> LOUREIRO, João Carlos – **Pessoa e Deficiência Mental**. P. 145.

<sup>172</sup> FOUCAULT, Michel – **A história da loucura: na idade clássica**. P.551 .

pecados cometidos, ora a teste de caridade ou de propósito divino, para uma visão social, que teve engajamento na década de 1960, a partir de movimentos de pessoas com deficiência<sup>173</sup>.

No que concerne à deficiência mental, esta passou a ser vista de forma humanizada a partir do século XVIII, período em que foram iniciados os estudos científicos para identificar o conceito de deficiência mental, a qual foi vista como doença de natureza psicopatológica acrescida do entendimento de que era orgânica, congênita, de origem encefálica. Ao final do século XIX, a concepção de deficiência mental estava relacionada a uma convicção organicista, de natureza neurológica, identificada pelo atraso no desenvolvimento dos processos cognitivos. No século XX, a deficiência mental passou a ser considerada como distúrbios congênitos da personalidade<sup>174</sup>. Decerto, as concepções clínicas são base para os conceitos atuais a respeito de deficiência mental, cuja soma de outros factores não biológicos seguiu para um conceito multidimensional<sup>175</sup>.

O AAMR propõe o estudo da deficiência mental à luz de uma concepção multidimensional, funcional e bioecológica, agregando inovações e reflexões em relação aos modelos anteriores, e, assim, a deficiência passa a ser conceituada a partir de uma perspectiva relacionada à pessoa e ao seu funcionamento individual no ambiente físico e social<sup>176</sup>.

Para melhor compreendermos o conceito contemporâneo de deficiência adotado pela doutrina, pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e a CDPD, faremos uma breve elucidação acerca dos diferentes entendimentos sob visão do modelo da prescindência / eugênico, do modelo reabilitador / médico, do modelo social e do modelo biopsicosocial.

### 5.3.1 Modelo da prescindência / eugênico

Para o modelo de tratamento da deficiência, o da prescindência / eugênico, adotado na Idade Clássica, por razão religiosa, quando a criança nascia com deficiência, era vista como castigo dos deuses por um pecado cometido pelos pais. Representava mau presságio, com supostas mensagens diabólicas e, além disso, as pessoas deficientes em nada poderiam contribuir para sua família e para a sociedade<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> FONTES, Fernando – **Pessoas com Deficiência em Portugal**. P. 32-33.

<sup>174</sup> DE CARVALHO, Erenice Natália Soares; MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque – **Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation-AAMR**. P. 149.

<sup>175</sup> DE CARVALHO, Erenice Natália Soares; MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque – **Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation-AAMR**. *Idem. Op. Cit.* P. 149

<sup>176</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>177</sup> PALACIOS, Agustina – **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. *Idem. Op. Cit.* P. 66

Dentro desse modelo, distinguiam-se dois submodelos: o eugênico e o da discriminação.

No sistema eugênico, quando nasciam crianças com deficiência, era utilizada a justificativa religiosa. Julgava-se que era decorrente do pecado dos pais ou de uma advertência dos deuses para maus presságios, fazendo com que a deficiência fosse um estorvo para os genitores e para a sociedade. A vida das pessoas com deficiência era vista como tamanho infortúnio que não valia a pena ser vivida. Por isso, aplicavam-se recursos de práticas eugênicas, como o infanticídio<sup>178</sup>.

No submodelo da discriminação ou segregação, as pessoas com deficiência estavam inseridas nos grupos pobres marginalizados e eram vistas como consequência do castigo de Deus ou como obra do diabo. Logo, por ser a deficiência algo imodificável, a pessoa deveria aceitá-la como forma de resignação<sup>179</sup>. Como já não se praticava diretamente o infanticídio, até mesmo porque era comum que as crianças já nascessem mortas, dada a insuficiência de condições para o nascimento, a melhor alternativa seria a exclusão dessas pessoas. Nessa condição, esses excluídos se sujeitavam à mendicância ou a meros objetos de diversão, porque não possuíam outros meios de subsistência<sup>180</sup>.

### 5.3.2 Modelo Reabilitador / Médico

Não sem os efeitos discriminatórios arraigados do modelo anterior, o modelo reabilitador considera que as causas que dão origem às deficiências são científicas. Muda-se o paradigma, e as pessoas com deficiência deixam de ser consideradas inúteis e desnecessárias, porque o primordial era buscar a reabilitação psíquica, física ou sensorial dos deficientes<sup>181</sup>.

É perceptível que dita iniciativa apenas mascarava a deficiência, porque o sistema visava “normalizar” as pessoas com deficiência, mesmo que isso ocultasse o que a deficiência de facto representava<sup>182</sup>. Ainda assim, não deixou de ser um marco no mundo moderno, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, porque muitas incapacidades funcionais decorriam da guerra.

---

<sup>178</sup> PALACIOS, Agustina – *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P. 85.

<sup>179</sup> PALACIOS, Agustina – *Idem. Op. Cit.* P. 103.

<sup>180</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>181</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida*. *Idem. OP. Cit.* P. 15

<sup>182</sup> *Idem - Ibidem.*

No plano do direito, implementaram políticas legislativas destinadas a garantir benefícios sociais aos veteranos de guerra deficientes. Posteriormente, os mesmos benefícios e o discurso de reabilitação foram estendidos aos demais deficientes independentemente da causa.<sup>183</sup>

Dessa forma, o objetivo passou ser reabilitar e normalizar a pessoa com deficiência a partir da origem da deficiência. Para esse processo, tornaram-se necessárias ferramentas essenciais à educação especial, aos benefícios da reabilitação médica e vocacional e os serviços assistenciais<sup>184</sup>.

Do ponto de vista jurídico, inicialmente, a deficiência era abordada apenas nas legislações assistenciais, de seguridade social, com partes de certas questões de direitos civis relacionados à deficiência e à tutela<sup>185</sup>.

Embora tenha sido de enorme relevância no âmbito do reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, o modelo reabilitador é criticado, porque a deficiência é vista como algo anormal, fora dos padrões físicos e psicológicos criados pela sociedade. Nessa direção, a pessoa com deficiência é vista como algo a ser corrigido, pois a deficiência é individual e deve ser tratada também de forma individual<sup>186</sup>.

### 5.3.3 Modelo Social

O modelo social nasceu no final da década de 60, nos EUA e na Inglaterra, e defende a ideia de que as causas que dão origem à deficiência são preponderantemente sociais e que as pessoas com deficiência, respeitando suas diferenças, podem atuar na sociedade na mesma medida que as demais pessoas. Parte da premissa de que a deficiência é o resultado de uma sociedade que não considera as pessoas com deficiência<sup>187</sup>.

O modelo social foi criado a partir da rejeição do modelo anterior, por defender que a causa originária da deficiência não é individual, mas sim social, porque as limitações individuais não são a origem do problema. A complexidade da questão está nas limitações da

---

<sup>183</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit. P. 22.*

<sup>184</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>185</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit. P. 22*

<sup>186</sup> *Idem. Op. Cit. P. 23.*

<sup>187</sup> *Idem – Ibidem.*

sociedade em prestar serviços apropriados para garantir adequadamente as necessidades das pessoas com deficiência realizados dentro da organização social<sup>188</sup>.

Por isso, pessoas com deficiência tomaram a iniciativa de se unirem para exigir mudanças políticas com objetivo de tirar o foco das limitações funcionais dos indivíduos que encontravam barreiras ambientais, como o transporte e os prédios inacessíveis, as atitudes discriminatórias e os estereótipos culturais negativos, para que não fossem vistas como “cidadãos de segunda classe”<sup>189</sup>.

Os ativistas, em suas organizações e participações políticas, abriram novas frentes na área dos direitos civis para a legislação antidiscriminatória, defendendo que as pessoas com deficiência não deveriam ser categorizadas como um grupo de vulneráveis que necessita de proteção. Além disso, sustentaram que eles próprios tinham o direito de definir quais seriam suas necessidades de serviços prioritários, proclamando contra a dominação tradicional dos provedores de serviços.

José Francisco Bariffi e Agustina Palacios ratificam esse entendimento ao afirmarem que as causas da deficiência são sociais e que a deficiência é um fenômeno complexo, que não se limita a um atributo da pessoa, mas a um resultado de um conjunto de condições, muitas das quais são criadas num contexto social. Em consequência disso, fazem-se necessárias modificações e adaptações a fim de possibilitar a participação plena das pessoas com deficiência em todas as áreas da vida da sociedade<sup>190</sup>.

Trata-se de uma questão ideológica e não biológica. Por isso, requer mudanças sociais no âmbito político e social, constituindo uma questão de direitos humanos, por ser intrínseco ao ser humano, e somente de forma acessória, quando necessário, considerar as características médicas da pessoa<sup>191</sup>.

O modelo social prima pelos mesmos valores que sustentam os direitos humanos, ou seja, a dignidade, a liberdade (autonomia) e a igualdade. Em razão disso, busca meios de garantir às pessoas com deficiência igualdade de direitos e dignidade como os demais. Para isso, são necessárias vida independente, acessibilidade universal e diálogo civil e transversalidade de políticas para atender a todos<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit.* P. 23.

<sup>189</sup> OLIVER, Mike - *O modelo social em ação: se eu tivesse um martelo. Implementando o modelo social de deficiência.* P. 28.

<sup>190</sup> BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina – *La discapacidad como una cuestión. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacida. Idem. OP. Cit.* P. 24.

<sup>191</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>192</sup> *Idem – Ibidem.*

A maioria das pessoas com deficiência faz parte da população das áreas rurais remotas e locais pobres, com dificuldade de acesso a recursos necessários. Além disso, a deficiência coloca problemas sociais difíceis de serem superados em algumas sociedades, e isso leva a confirmar que, em muitos casos, as pessoas com deficiência vivem em situações de solidão e insegurança. Tais factos dificultam não apenas a integração social, mas sua plena participação em todas as esferas da vida. Por isso, as Nações Unidas desenvolveram programas em apoio às pessoas com deficiência objetivando o favorecimento da plena participação na sociedade<sup>193</sup>.

É inegável que os defensores do modelo social, numa visão político-social, priorizavam o discurso de que as desvantagens das pessoas com deficiência eram decorrentes mais das barreiras sociais do que das lesões. Essa perspectiva levou-os a pensar que, ao eliminar essas barreiras, poderiam ser independentes e tão produtivos quanto às pessoas sem deficiência.

No entanto, no início dos anos de 1990 e 2000, surgiram outras abordagens pós-modernas, principalmente com os movimentos de teóricos feministas, que introduziram, com mais veemência, o discurso para além das barreiras sociais e culturais, evidenciando a subjetividade do corpo, abrindo debate sobre as restrições intelectuais, do cuidado, da dor, da lesão, da dependência e da interdependência como temas importantes para a vida do deficiente. Contudo, não contrariaram o defendido pelo modelo social, mas o fortaleceram com outras questões necessárias ao enfrentamento político<sup>194</sup>.

Debora Diniz afirma que teóricos feministas sustentavam que, para realmente haver autonomia, igualdade e liberdade empregados pelo modelo social, não bastava levantar a bandeira política de que os limites eram sociais e não individuais.

Mesmo com a eliminação das barreiras existentes, nem todas as pessoas com deficiência teriam capacidade, autonomia e potencialidade produtiva, porque as políticas trabalhadas não vislumbravam os diferentes grupos de deficiência, não levavam em consideração, por exemplo, as lesões cerebrais graves. Não que isso fosse impeditivo para o direito à igualdade, pois a igualdade poderia ser exercida pela interdependência, sem que representasse exclusão social, mas fosse garantida pelo princípio de justiça<sup>195</sup>.

Aos poucos, a deficiência tornou-se um problema de relevância na comunidade internacional, especialmente no âmbito das Nações Unidas. Gradativamente, conforme defendido, a deficiência deixou de ser tratada apenas sob a ótica médica assistencialista e de

---

<sup>193</sup> DURÁN Y LALAGUNA, Paloma— *El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas. Idem. Op. Cit.* P. 115.

<sup>194</sup> DINIZ, Debora - *O que é deficiência?* P. 61-62.

<sup>195</sup> *Idem. Ibidem.*

bem-estar, e passou a ser tratada como uma questão de direitos humanos. Foi então que surgiram resoluções, declarações e outros instrumentos jurídicos não vinculativos, bem como estudos especializados que contribuíram para a mudança de perspectiva em relação à deficiência, culminando na elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro instrumento jurídico vinculativo que trata a deficiência na perspectiva dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

#### **5.3.4 Modelo biopsicosocial da deficiência ou relacional**

O Modelo biopsicosocial da deficiência ou relacional pode ser definido como um modelo misto ou sistêmico, caso seja visada sua adequação à Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), desenvolvida pela OMS. Nessa perspectiva, poderá ser aplicado em vários aspetos da saúde, saindo da classificação “consequência da doença” para a classificação “componente da saúde”, conceito ainda, exclusivamente, médico. Aliado a isso, incluir um rol de factores ambientais, que descrevem a conjuntura em que o indivíduo vive, e combiná-lo com o modelo social<sup>196</sup>.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) considera deficiência mental quando predominam sintomas “causadores de sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social, profissional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo”<sup>197</sup>. Especifica, entre outros, transtornos diagnosticáveis que causam prejuízos para as pessoas, como os transtornos neurocognitivos (deficiência intelectual, transtorno do espectro autista, transtorno do espectro da esquizofrenia, psicóticos e outros), transtornos neurocognitivos (doença de Alzheimer, degeneração lobar frontotemporal, doença com corpos de Lewy, doença vascular, lesão cerebral traumática, uso de substância / medicamento) e outros transtornos especificáveis ou não<sup>198</sup>. Todos eles possuem especificação de gravidade leve, média, grave e profunda, que reflete diretamente na (in) capacidade mental de cada indivíduo.

O funcionamento e a incapacidade de uma pessoa estão relacionados ao estado de saúde e a factores ambientais, pessoais, sociais, climáticos e acessibilidade, pois a incapacidade não é apenas um atributo do indivíduo, mas sim multidimensional. Ou seja, implica um conjunto

---

<sup>196</sup> FONTES, Fernando – **Pessoas com Deficiência em Portugal**. *Idem. Op. Cit.* P. 39-40

<sup>197</sup> Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). P. 77.

<sup>198</sup> *Idem – Ibidem.*

de condições que resulta da sua interação com o meio, sob a influência de diversos factores sociais, estruturais e culturais<sup>199</sup>.

O DSM-5 evidencia que os “limites entre normalidade e patologia variam em diferentes culturas com relação a tipos específicos de comportamentos. Os limiares de tolerância para sintomas ou comportamentos específicos são diferentes conforme a cultura, o contexto social e a família”<sup>200</sup>. Com isso, a avaliação diagnóstica deve ter em conta as experiências, os sintomas e os comportamentos de um indivíduo a partir das realidades socioculturais. Contudo, ressaltamos que a avaliação com base na cultura, embora contribua para identificar a vulnerabilidade da pessoa, podem ocorrer interpretações errôneas de psicopatologia<sup>201</sup>. Do mesmo modo, a cultura pode contribuir para estigmatizar ou apoiar a conduta social e familiar em relação à saúde mental<sup>202</sup>.

Diante do exposto, entendemos que o modelo biopsicossocial da deficiência, atualmente, seria o mais adequado, uma vez que, de forma sistêmica, leva em consideração preceitos sociais, culturais e biológicos. Ressaltamos que o conceito de deficiência não pode ser *numerus clausus*, até mesmo porque a Convenção descreve que a deficiência é “um conceito em evolução” e, conforme expresso no artigo 1.º, “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Para identificar se a deficiência é física, mental, intelectual ou sensorial, é necessário diagnóstico médico. Depois de constatado o impedimento, aliado com as barreiras econômicas, sociais, educacionais, urbanísticas e outras, a pessoa será considerada, num conceito amplo, deficiente.

### 5.3 (In) capacidade e competência mental

Sob a égide da visão do modelo biopsicossocial, define-se a deficiência mental como um estado particular de funcionamento e não apenas como um atributo da pessoa. Entretanto, essa visão não exclui o estigma de que a deficiência mental é caracterizada por absoluta incompetência e limitações no desempenho individual até os dias atuais<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). P. 77.

<sup>200</sup> Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). *Idem. Op. Cit.* P. 58

<sup>201</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>202</sup> Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). *Item. Op. Cit.* P. 59

<sup>203</sup> DE CARVALHO, Erenice Natália Soares; MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque. **Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association Mental Retardation-AAMR.** *Idem. Op. Cit.* P. 147–156

A Associação Americana de Deficiência Mental (AAMR), aliada ao DSM-5, define a deficiência mental de maneira multidimensional por envolver aspectos relacionados a valores culturais, sociais e familiares. A concepção multidimensional é caracterizada por cinco dimensões: i) habilidade intelectual (relacionada à capacidade mental para aprender, raciocinar, resolver problemas); ii) comportamento adaptativo (relacionado às habilidades conceituais, como linguagem e alfabetização; conceitos de dinheiro, tempo e número; e, autodireção; iii) participação, interações, papéis sociais (relacionados a habilidades interpessoais, responsabilidade social, autoestima, credulidade, ingenuidade – cautela –, resolução de problemas sociais; capacidade de seguir regras, obedecer às leis e evitar ser vitimado; e habilidades práticas - atividades da vida diária, como cuidados pessoais, habilidades ocupacionais, saúde, viagens / transporte, horários / rotinas, segurança, uso de dinheiro, uso do telefone); iv) saúde (avaliação diagnóstica da deficiência mental e elementos mais amplos, de modo a incluir factores etiológicos e de saúde física e mental); v) dimensão contextual (considera as condições em que a pessoa vive, relacionando-as à qualidade de vida, ao ambiente social imediato, envolvendo a família da pessoa e os que lhe são próximos; à vizinhança, à comunidade e às organizações educacionais e de apoio<sup>204</sup>.

A OMS expõe que a presença de um distúrbio mental significativo não implica, em si mesma e por sua própria existência, a ausência de discernimento na tomada de decisão, de modo que a presença de um distúrbio mental não é o factor último e determinante do discernimento, menos ainda da capacidade<sup>205</sup>.

A capacidade das pessoas com deficiência mental é presumida, porque há o entendimento de que elas têm capacidade para fazer suas próprias escolhas de acordo com o que consideram importante para sua vida. Contudo, existem as deficiências ou os transtornos mentais graves que as impossibilitam de fazer escolhas. Por tais razões, faz-se necessário que o Estado, por meio da legislação, firme condições adequadas de apoio a essas pessoas<sup>206</sup>.

Considerando que a deficiência por si não é elemento suficiente para provar a incapacidade de uma pessoa, destarte, questiona-se como deveria ser feito o julgamento para definir o quanto está incapacitada ou não para fazer escolhas e tomar decisão sobre o que é melhor para sua vida. Em que provas o juiz baseia um julgamento de capacidade?

---

<sup>204</sup> DE CARVALHO, Erenice Natália Soares; MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque. **Nova concepção de deficiência mental segundo a American Associationon Mental Retardation-AAMR.** *Idem. Op. Cit.* P. 147–156.

<sup>205</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>206</sup> OMS – **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislações: cuidar, sim – excluir, não.** P. 53.

A maioria dos sistemas jurídicos em vigor, como o dos Estados Unidos, o da França, o da Itália, o da Espanha, o do Brasil e o de Portugal, permitem ao juiz entrar em contato com a pessoa e seus familiares, o que poderia ser um primeiro elemento de testemunho e prova pessoal sobre os quais o juiz poderia basear sua decisão. No entanto, nesses sistemas jurídicos, a única prova legalmente exigida é a "opinião médica". Essa é a principal evidência na qual o juiz alicerça sua decisão, ou seja, basea-se na opinião de um médico sobre se uma pessoa é clinicamente capaz ou não<sup>207</sup>.

A garantia da igualdade no exercício da capacidade jurídica, no parágrafo 2º do artigo 12 da CDPD, leva a refletir sobre o julgamento da capacidade, que é feito a partir de uma dimensão médica, e o julgamento que é feito a partir de uma dimensão jurídica, não apenas para garantir o exercício da autonomia, mas também, fundamentalmente, evitar abusos.<sup>208</sup> É necessário apurar com cautela como será identificado o discernimento / a competência para tomada de decisões das pessoas com deficiência mental na esfera do direito patrimonial e do direito de personalidade.

Partindo da concepção da bioética, o termo “competência” seria o mais adequado para analisar o discernimento das pessoas com deficiência mental em suas tomadas de decisões.<sup>209</sup> Não obstante “competência” ser bastante utilizado para tomadas de decisões referente à submissão a tratamento médico, entendemos que se enquadra em qualquer situação que envolva questões dos direitos de personalidade (vida, saúde, integridade física), porque traduz muito bem, no que tange ao discernimento e real compreensão dos factos para tomadas de decisão. Obviamente, trata-se de algo bem complexo, porque é possível que pessoas que não sejam deficientes também não alcancem a “real compreensão” do caso concreto, porém, lhe é possível alcançar o mínimo de entendimento.

Competência e capacidade estão relacionadas às decisões e funções específicas. Como a competência pode flutuar com o tempo e não constitui um conceito de "tudo ou nada"<sup>210</sup>, é necessário considerá-la no contexto da decisão específica a ser tomada, ou da função específica a ser cumprida<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 252

<sup>208</sup> BARRIFFI, Francisco José - *Idem. Op. Cit.* P. 291.

<sup>209</sup> CARDOSO, Kelly; FERREIRA; NASSER, Jussara Suzi Assis Borges - **A Análise da (in) Competência de Pessoas com Deficiência Mental e Intelectual para o Exercício de Direitos Existenciais**. P. 05.

<sup>210</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 253

<sup>211</sup> Organização Mundial Da Saúde – **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislações: cuidar, sim – excluir, não**. *Idem. Op. Cit.* P. 53.

Inevitavelmente, na prática, em algum momento, as dimensões médica e jurídica interagem, surgindo o binômio médico-jurídico; ou seja, a deficiência mental ou intelectual grave é equiparada à falta de discernimento e, posteriormente, à falta de capacidade e incapacidade legal<sup>212</sup>.

Isso explica porque um parecer médico, ao atestar um distúrbio mental grave, tem a consequência médica e jurídica de determinar a falta de discernimento e, como consequência jurídica, considerar a incapacidade. Por isso, a prova mais relevante exigida por essa lógica é a opinião de profissionais da área da saúde<sup>213</sup>, como neurologista, psiquiatra, psicólogo e assistente social.

### **5.5 Rompimento de paradigma quanto a (in) capacidade das pessoas com deficiência mental**

O impacto mais significativo percebido diante do reconhecimento da igualdade da capacidade jurídica às pessoas com deficiência e as demais pessoas, seguramente, foi o alcance da capacidade de agir daquelas pessoas com deficiência mental. Afinal, como lidar com pessoas tidas como “loucas” que não poderiam administrar seus bens e autodeterminar-se quanto aos seus direitos existenciais? Além disso, supostamente, não se enquadravam no padrão imposto pela sociedade em geral, mesmo que sob uma visão excessivamente paternalista.

Ainda que as pessoas com deficiência mental estivessem protegidas sob o manto da Declaração dos Direitos do Homem, inerentes a todos, indistintamente<sup>214</sup>, não lhes eram garantidos os direitos “enquanto ser social”. Dito de outro modo, não havia garantia dos direitos individuais ou liberdades individuais, liberdades tais ligadas diretamente à autonomia<sup>215</sup>.

Decerto, Brasil e Portugal têm promovido medidas positivas favoráveis às pessoas com deficiência. Percebem-se grandes avanços no cenário contemporâneo. Todavia, ainda existem dúvidas e resistência, não no ato afirmativo de legislar, mas de como prever, na legislação e na própria consecução da lei, em relação às pessoas com deficiência mental, principalmente, quanto ao reconhecimento da capacidade civil dessas pessoas com grau de deficiência mental

---

<sup>212</sup> BARIFFI, Francisco José – *Idem. Op. Cit* P. 253.

<sup>213</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Idem. Op. Cit.* P. 253.

<sup>214</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Idem. OP. Cit. P.254.*

<sup>215</sup> *Idem - Ibidem.*

severa. O centro da questão era, se ao reconhecer a capacidade civil das pessoas com deficiência mental, estas teriam condições de exercer a capacidade civil com discernimento e autonomia.

O assunto suscitou uma série de debates e estudos por parte de teóricos acerca da modificação e/ou reinterpretação quanto à teoria das incapacidades. Para tanto, tomou-se como base os estudos sobre igualdade, vulnerabilidade, autonomia e autodeterminação, sobre o quais passamos a elucidar.

### 5.5.1 O princípio da igualdade

Numa visão aristotélica, a igualdade é a base do direito<sup>216</sup>, por isso não é estranho que o princípio da igualdade seja um dos princípios norteadores e fundamentais da CDPD.

Da análise da Convenção, e diante ao que expusemos, podemos afirmar que a igualdade, enquanto princípio ou direito fundamental, é a “coluna dorsal” da CDPD fortalecendo os preceitos garantidos pelo referido instrumento internacional. Além disso, trata-se de princípio constitucional previsto tanto na Constituição da República Portuguesa (CRP) quanto na Constituição Federal do Brasil (CFB).

O princípio da igualdade está fortemente entrelaçado com diferentes teorias de justiça e, no cenário atual, praticamente não há dúvida de que a igualdade não só exige tratamento semelhante para todas as pessoas como também exige que sejam tomadas medidas para promover a igualdade de forma real, de modo que alcance a todos para garantir aos cidadãos condições reais de vida. Isso se dá, porque o princípio da igualdade é um princípio de justiça social<sup>217</sup>, “é um dos ideais permanentes da vida humana e um elemento crítico de transformação não só dos sistemas jurídicos, mas também das estruturas sociais e políticas”<sup>218</sup>. Remete-se à ideia de que a igualdade deve ser orientada para remover as barreiras ou diferenças que impedem as pessoas com deficiência de acessarem, em igualdade de oportunidades, aos benefícios das instituições normalmente oferecidas pelo Estado.

No sentido formal, o princípio da igualdade está relacionado não apenas à proibição de tratamento discriminatório, em casos semelhantes, mas também à proteção contra o tratamento discriminatório<sup>219</sup>. Nessa tentativa, formalmente, assegura tratamento igualitário perante a lei a

---

<sup>216</sup> ARISTÓTELES - **A Política**. P. 10.

<sup>217</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. *Idem. OP. Cit.* P.254.

<sup>218</sup> MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado**. P.292

<sup>219</sup> *Idem. Ibidem.*

todos, ou seja, “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”<sup>220</sup>.

Ocorre que, a aplicação rigorosa da igualdade formal pode não assegurar a igualdade entre as pessoas, tendo em vista as crescentes disparidades entre grupos sociais que demandam por um tratamento mais equitativo. Isso é mais evidente nos casos de grupos historicamente estigmatizados, em razão do gênero, da cor, da etnia, da religião e da deficiência. Por isso, há a necessidade de construir uma noção de igualdade que permita, em certos casos, um tratamento diferenciado para equalizar essa situação e também reverter a discriminação histórica dos grupos excluídos.

José Joaquim Gomes Canotilho assevera que ser “igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei”<sup>221</sup>, mas sim a “criação de direito igual”<sup>222</sup>. Por isso, deve ser observado o conteúdo da lei, ou seja, a natureza da igualdade na própria lei, haja vista que, inevitavelmente, nem todos pertencem a uma mesma categoria. Logo, não se alcançaria o propósito da igualdade ao manter a prevalência de uma lei universalista a uma categoria desigual<sup>223</sup>. Por causa disso há a necessidade de tratamentos diferenciados para situações diferentes, daí a evolução do conceito de igualdade levou a uma nova noção no seu aspeto substantivo, isto é, a igualdade material<sup>224</sup>.

Partindo do pressuposto de que a igualdade material reside no tratamento diferenciado das situações diferentes, as leis devem ter como ponto de partida a diversidade social para alcançar e todas as pessoas a todos em direitos e oportunidades<sup>225</sup>. Dessa forma, a realização da igualdade material exige a eliminação de todas as formas de discriminação indiretas, sendo necessária a adoção de medidas que, com base na diferença de grupo de pessoas, permita que elas sejam colocadas em uma posição de igualdade real. Uma dessas medidas são as ações positivas na área da deficiência<sup>226</sup>.

Michael J. Sander, ao interpretar equidade contida em “A Política” de Aristóteles, narra a história de Callie Smart, uma menina com paralisia cerebral e com deficiência física que participava ativamente da torcida organizada da sua escola no Texas. No entanto, as demais integrantes do grupo, lideradas pelo pai de uma delas, expulsaram Callie do time sob o

---

<sup>220</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem. Op. Cit.* P. 292.

<sup>221</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** *Idem. Op. Cit.* P. 292

<sup>222</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>223</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>224</sup> BIEL PORTERO, Israel - *Los derechos humanos de las personas con discapacidad.* *Idem. Op. Cit.* P. 120.

<sup>225</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>226</sup> *Idem - Ibidem.*

argumento de proteção a Callie. Para que ela retornasse ao grupo, a diretoria da escola, pressionada pelas demais meninas e seus pais, exigiu que Callie treinasse tal qual as demais e se submetesse às rigorosas rotinas de exercícios físicos, incluindo acrobacias e saltos, sob o argumento de que era disso que a torcida gostava. Ocorre que Callie desempenhava muito bem sua função, ou seja, animava a torcida, quando percorria o ambiente, de um lado ao outro, em cadeira de rodas, agitando os pompons, gritando com entusiasmo e distribuindo sorrisos<sup>227</sup>.

A história narrada enseja duas questões. A primeira: Callie deveria ser obrigada a fazer os treinos da mesma forma que as demais para ser inserida no grupo, por ser um dos requisitos para participar da torcida organizada, ou isso seria considerado injusto em razão da sua deficiência?<sup>228</sup>

Do ponto de vista da igualdade formal, portanto, universalista, Callie deveria também se submeter aos treinos das demais jovens do seu time, o que acarretaria na sua exclusão, por não haver integração, já que, em razão da deficiência, não teria condições de treinar da mesma forma que as demais para atingir o fim proposto pela equipe: fazer acrobacias e saltos.

Na igualdade material, partindo do caso exposto por Michael J. Sander, deveria ser considerada a equidade e o princípio da não discriminação. Ou seja, ao invés de criar barreiras, destituí-las a fim de possibilitar a integração e participação de Callie na torcida organizada. Afinal, um dos objetivos de uma torcida organizada é animar os fãs, e Callie fazia isso muito bem.

A segunda questão vai além da violação dos princípios ou da ordem normativa, pois está relacionada ao preconceito. Um tipo de preconceito que nos parece arraigado na sociedade em relação às minorias, ao diferente, que dificulta o alcance da justiça pretendida pelo princípio da igualdade.

Se levarmos em consideração a teoria de justiça de Aristóteles, a justiça é teleológica, isto é, devemos buscar o propósito da prática social, buscar a natureza essencial da atividade a ser exercida. A partir de então, apurar os requisitos a serem preenchidos para alcançar a finalidade almejada, em outras palavras, o primordial para atingir o objetivos de determinada atividade não deve ser as características físicas ou intelectuais das pessoas, mas sim a sua capacidade de executar a tarefa e assim alcançar sua finalidade<sup>229</sup>.

A fim de propiciar a inclusão, integração e a acessibilidade da pessoa com deficiência, evidencia-se o princípio da discriminação positiva que, por meio de ações afirmativas privadas

---

<sup>227</sup> SANDER, Michael J. – **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. P.231

<sup>228</sup> SANDER, Michael J. – **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. *Idem. Op. Cit.* P. 231.

<sup>229</sup> *Idem. Op. Cit.* P. 232.

e públicas, conscientizem e concretizem o entendimento de respeito às pessoas com deficiência na sua individualidade enquanto sujeitos. Tais ações proporcionam condições de essas pessoas exercerem ao máximo sua capacidade e competência a fim de sedimentar a igualdade material.

Há evidência que Portugal e Brasil promovem ações afirmativas para inclusão e integração das pessoas com deficiência demonstradas por previsões Constitucional e Infraconstitucional.

A Constituição Brasileira prevê reservas de cargos públicos para as pessoas com deficiência (art. 37, VIII) educação especializada em escolas regulares (art. 208, III), na legislação. Destacamos a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 que “dispõe sobre o apoio às pessoas “portadoras”<sup>230</sup> de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessa pessoa”<sup>231</sup>. Prevê no artigo 2.º que Poder Público deve assegurar às pessoas com deficiência o “pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade”, sob pena de reclusão de dois a cinco anos e multa (art. 8.º).

Em relação ao Trabalho o apoio deve ser tanto na formação profissional, garantia de acesso aos serviços concernentes, criação e à manutenção de emprego, promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado e adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho (art. 2.º, III, a, b, c e d).

Sob esse contexto, a Lei de Cotas PCD n.º 8.213, de 24 de julho de 1991<sup>232</sup> estabelece benefícios da previdência e dá outras providências a contratação de “portadores” de necessidades especiais. Dispõe no artigo 93, que a empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com pessoas com deficiência, caso não haja cumprimento da lei, a empresa está sujeita a multa<sup>233</sup> prevista na Portaria nº 9, de 15 de janeiro de 2020 do Ministério da Economia<sup>234</sup>. Em que pese a previsão legal, isso não que dizer que há garantia às pessoas com deficiência de inclusão ao mercado de trabalho, isso decorre porque, geralmente, as empresas não cumprem com as cotas, ou, mesmo

---

<sup>230</sup> Embora a legislação disponha o termo “portadores” de necessidades especiais ou de deficiência, de acordo com a nova literatura não se usa o termo “portador de deficiência”, porque o significado de portar refere-se a transportar, levar algo, ou, comportar-se, proceder reagir. Dessa forma, não há como dizer que a deficiência seja algo que carregue ocasionalmente ou decorra de comportamento, trata-se, na verdade, de uma característica congênita ou adquirida

<sup>231</sup> BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

<sup>232</sup> BRASIL. n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.

<sup>233</sup> A multa varia entre a de R\$ 2.519,31 (dois mil, quinhentos e dezenove reais e trinta e um centavos) a R\$ 251.929,36 (duzentos e cinquenta e um mil, novecentos e vinte e nove reais e trinta e seis centavos)

<sup>234</sup> BRASIL. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO Publicado em: 16/01/2019.

disponibilizando vagas, não existem profissionais habilitados para ocupar os cargos, isso corre tanto em empresas privadas e públicas<sup>235</sup>.

Diante disso, percebe-se que não basta dispor as cotas, para que a inclusão seja efetiva, é necessário que os profissionais sejam qualificados para inserção no mercado de trabalho. Daí deparamo-nos com outro obstáculo, o acesso à educação, pois embora haja previsão na lei, ainda existem pessoas que não tem acesso.

A mesma lei de apoio estabelece que o Poder Público deve viabilizar a inserção e “inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios”, com oferta, obrigatória e gratuita (art. 2.º, I, a,b). Nesse enfoque a Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012<sup>236</sup> estabelece “sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio” e garante cotas para pessoas com deficiência (art. 3.º), por sua vez, a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996<sup>237</sup> estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, a qual prevê que será assegurado aos educandos com deficiência, currículos específicos, professores especializados e acesso igualitário (art. 59), embora existam as garantias legais e constitucional, o exercício do direito pelas pessoas com deficiência maiores ainda é pequeno, principalmente nas regiões com poucos recursos financeiros.

Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa estabelece no art. 71.º n.º 2 que o Estado deve “realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias”. No contexto infraconstitucional, o Decreto-Lei n.º 290/2009 dispõe sobre o “desenvolvimento das políticas de emprego e de apoio à qualificação das pessoas com deficiência e incapacidades e o regime de concessão de apoio técnico e financeiro aos centros de reabilitação profissional de gestão participada, às entidades de reabilitação, [...]”<sup>238</sup>, sob este viés o Decreto-Lei n.º 29/2001 e o Lei n.º 4/2019 estabelecem o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência<sup>239</sup>, no que tange a educação inclusiva criou o Decreto-Lei n.º 54/2018. Para dar mais efetividade às medidas inclusivas, o governo português criou a Estratégia Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência 2021 - 2025 (ENIPD 2021-2025), para assegurar a “autonomia,

---

<sup>235</sup> ESTEVES, Renata da Gama Lima Perez - A “Cota de Deficientes” e os problemas enfrentados quase 20 anos de lei em vigor.

<sup>236</sup> BRASIL. 12.711, de 29 de agosto de 2012.

<sup>237</sup> BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

<sup>238</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 290/2009.

<sup>239</sup> PORTUGAL Decreto-Lei n.º 29/2001.

independência e autodeterminação, da participação em todos os domínios da vida, da promoção da igualdade e não discriminação nas suas diversas dimensões, incluindo discriminações múltiplas e pelo respeito pela diferença e diversidade”, dentre outras, estão incluídas como estratégia de reforçar os mecanismos de apoio à aprendizagem e à consolidação do atual sistema de educação inclusiva; promover a qualificação de nível superior para pessoas com deficiência; dinamizar o sistema de apoio à inserção profissional das pessoas com deficiência; criar condições de contexto promotoras da empregabilidade das pessoas com deficiência; desenvolver o empreendedorismo e o autoemprego das pessoas com deficiência<sup>240</sup>.

Além das propostas legislativas e ações governamentais, as organizações não governamentais e associações civis e fundações pública ou privadas<sup>241</sup> promovem ações de inclusão, afinal, é necessário que todos estejam envolvidos a concretização da inclusão e integração das pessoas com deficiência e deixar de “tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade”<sup>242</sup>

## 5.2.2 Princípio da Vulnerabilidade

Consideramos que apresentar o princípio da vulnerabilidade sob o ponto de vista de Martha Fineman converge com a base epistemológica que garante a igualdade formal e material a partir da liberdade e autonomia adotadas na CDPD. Tendo em vista que, ao considerar que todas as pessoas são sujeitos vulneráveis, ainda que dotadas de autonomia e liberdade, não podemos negar dependência em algum momento na vida das pessoas. Justamente por isso, o Estado deveria ser mais responsivo, mais ativo, de modo a propiciar medidas para a capacitação do sujeito vulnerável de modo a garantir o regime de igualdade<sup>243</sup>.

Esse posicionamento se torna mais evidente diante do questionamento de Rui Machado, dirigente do Centro de Vida Independente (CVI), em Lisboa, ao pronunciar-se sobre quem são os vulneráveis: “Serão doentes? Aleijados? Incapazes? Deficientes? Ou serão os que

---

<sup>240</sup> Estratégia Nacional para a Inclusão das Pessoas com Deficiência 2021 -2025 (ENIPD 2021-2025)

<sup>241</sup> Entre outros, no Brasil temos Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE Brasil), Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência (IBDD), Associação Mineira de Reabilitação (AMR) Instituto Aplicado ao Desenvolvimento Humano Educação e Cultura (IADHEC). Entre outras, em Portugal têm a ACAPO - Associação de Cegos e Amblíopes de Portugal, APD - Associação Portuguesa de Deficientes, APFADA - Associação Portuguesa de Familiares e Amigos Doentes de Alzheimer, APPACDM Coimbra - Associação Portuguesa do Cidadão Deficiente Mental de Coimbra, RARISSIMAS - Associação Nacional de Deficiências Mentais e Raras, HUMANITAS - Federação Portuguesa para a Deficiência Mental.

<sup>242</sup> SANDER, Michael J. – **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. *Idem. Op. Cit.* P. 231.

<sup>242</sup> *Idem. Op. Cit.* P. 234.

<sup>243</sup> FINEMAN, Martha Albertson - *Vulnerability and Inevitable Inequality*. P. 135

chamaremos simplesmente de pessoas?”<sup>244</sup> Para definir a vulnerabilidade, é preciso deixar de lado os preconceitos e os estereótipos que atrapalham o reconhecimento das pessoas com deficiência, detadoras de direitos e deveres, livres para exercê-los, e assumir suas consequências. Para isso, é imprescindível a participação efetiva das instituições pública e privada, bem como das famílias, e a promoção de políticas governamentais<sup>245</sup>.

Malgrado o artigo 12º da CDPD atribua capacidade de exercício às pessoas com deficiência mental, não lhes retiram a vulnerabilidade, porque a vulnerabilidade é universal, constante, complexa e inerente à condição humana. Algumas são mais vulneráveis que outras, sendo o nível percebido no modo de atuação e papel ocupado na sociedade. Além disso, todos estão sujeitos a sofrer com danos e doenças decorrentes dos eventos naturais ou artificiais<sup>246</sup>.

A vulnerabilidade, de acordo com Martha Fineman, não pode ser associada somente à vitimização, à privação, à dependência ou à patologia, que por vezes, são utilizadas como exemplo de "populações vulneráveis", como aquelas que são infectados com HIV-AIDS. Crianças, idosos e pessoas com deficiência, grupos de pessoas que vivem na pobreza e refugiados são frequentemente rotulados como populações vulneráveis<sup>247</sup>.

Consierando que a vulnerabilidade é universal, inevitável, duradoura e inerente à condição humana, deve estar no centro de nosso conceito de responsabilidade social e estatal<sup>248</sup>, porque a responsabilidade deve ser compartilhada e dividida socialmente entre o indivíduo, o Estado e as suas instituições e as famílias. Desse modo, o Estado garantiria a igualdade material sob o mesmo modelo de proteção<sup>249</sup>, sem retirar a autonomia e a liberdade dos indivíduos, isto é, não seria diferente com as pessoas com deficiência mental.<sup>250</sup>

Como Marta Fineman, entendemos que, embora inegavelmente universal, a vulnerabilidade humana também é particular, pois é vivida exclusivamente por cada um de nós cuja experiência é muito influenciada pela qualidade e quantidade de recursos que possuímos ou podemos comandar<sup>251</sup>.

Significativamente, a percepção de que nenhum indivíduo pode evitar a vulnerabilidade nos leva a procurar assistência do Estado e nas instituições da sociedade, os quais, apesar de

---

<sup>244</sup> MACHADO, Rui - **Vulnerabilidade e Vida Independente**. P. 148.

<sup>245</sup> *Idem – Op. Cit.* P. 42.

<sup>246</sup> FINEMAN, Martha – *Vulnerability and Inevitable Inequality*. *Idem. Op. Cit.* P. 135

<sup>247</sup> *Idem - Ibidem*.

<sup>248</sup> LEÃO, Anabela Costa - **Vulnerabilidade(s), Discriminação e Estereótipos**. P. 22

<sup>249</sup> FINEMAN, Martha – *Vulnerability and Inevitable Inequality*. *Idem. Op. Cit.* P. 137

<sup>250</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>251</sup> *Idem - Ibidem*

não serem capazes de erradicar nossa vulnerabilidade, lhes são possíveis compensá-la e/ou diminuí-la por meio de programas, instituições e estruturas<sup>252</sup>.

Assim, uma vez reconhecida a vulnerabilidade, “o papel do direito é oferecer instrumentos jurídicos para corrigir esta fragilidade, comando determinante do princípio da igualdade material e da dignidade humana”<sup>253</sup>, por ser a pessoa deficiente, sujeito titular de direitos e liberdades.

Ao considerar a vulnerabilidade no contexto da deficiência, deve ser afastada a preocupação de que as pessoas com deficiência sejam apenas receptoras passivas de cuidados ou serviços, completamente sujeitas a ações excessivamente paternalistas ou protetoras, sem que exerçam sua autonomia. Entretanto, embora não seja o objetivo evocar medidas excessivamente paternalista, são imprescindíveis medidas de proteção<sup>254</sup>, haja vista que a intervenção Estatal deve ser “racional para que a interferência limitadora exista apenas quando necessária, de modo que, [...], a ingerência externa apenas ocorra quando a ação humana invade a esfera jurídica de terceiros ou quando há vulnerabilidade”<sup>255</sup>.

Por essa razão, acreditamos que, ao reconhecer a vulnerabilidade, nos números 3 e 4 do artigo 12.º, é orientado que os Estados Partes criem mecanismos de apoio e salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos e assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências das pessoas com deficiência. Isso impõe que os Estados Partes criem legislação que assegure a capacidade de agir, mas também proteja o indivíduo em razão da vulnerabilidade.

### 5.5.3 Paternalismo e Autonomia

Partindo do pressuposto de que todas as pessoas são vulneráveis, logo, as pessoas com deficiência mental também o são, conseqüentemente, há a necessidade de medidas de proteção. Havendo necessidade de proteção, questiona-se: (i) deve-se evocar o paternalismo? (ii) evocado o paternalismo, seria possível compatibilizar seus preceitos e, ao mesmo tempo, assegurar a autonomia privada das pessoas com deficiência mental?

Embora o conceito de paternalismo seja controverso, de um modo geral, é considerado como a “interferência de um estado ou indivíduo em relação a outra pessoa, contra sua vontade,

---

<sup>252</sup> FINEMAN, Martha – *Vulnerability and Inevitable Inequality*. *Idem. Op. Cit.* P. 140

<sup>253</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - *Autonomia Existencial*. *Idem. Op. Cit.* P. 80

<sup>254</sup> CLOUGH, Beverley - *The Spaces of Mental Capacity Law: Moving Beyond Binaries*. P. 9.

<sup>255</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - *Saúde, corpo e autonomia privada*. P. 102.

e defendida ou motivada por uma alegação de que a pessoa que interferiu estará fora de perigo ou protegida contra danos”<sup>256</sup>.

Em razão desse conceito, o paternalismo é criticado pelos teóricos, como John Locke e Adam Smith, sob o argumento de que as pessoas devem ter liberdade e autonomia para fazer suas próprias escolhas, independentemente de se serão boas ou ruins, devendo assumir os danos que essas escolhas possam causar<sup>257</sup>. Para esses filósofos, permitir uma intervenção paternalista seria aniquilar o sujeito, porque ignora a autonomia pessoal<sup>258</sup>. Asseveram que, “na percepção liberal, o Estado deve garantir o usufruto das liberdades individuais pelos cidadãos e manter a neutralidade em relação às diferentes visões de mundo que eles abraçam”<sup>259</sup>.

Embora o paternalismo, por vezes, seja visto sob a ótica autoritária, foi em conformidade com este viés que, por muito tempo, o não exercício da capacidade de agir das pessoas com deficiência se fundamentou, tanto do ponto de vista do paternalismo Estatal como do jurídico e do familiar. Este último, especificamente, levando a uma “infantilização” perene, sob o argumento da vulnerabilidade como explicação para a necessidade de controlo e cerceamento em todos os sentidos<sup>260</sup>.

O Estado é paternalista ao interferir nas decisões dos cidadãos impondo-lhe limitações à autonomia e à liberdade, com o argumento de que isso direcionaria a melhores decisões ou impediria tomadas de decisões ruins<sup>261</sup>, seja determinando o uso do cinto de segurança, seja ordenando o uso de capacetes a motociclistas, seja alertando sobre o dever de retenção de contribuição social para a previdência social. No Brasil, ocorre a retenção do fundo de garantia descontado compulsoriamente do salário do empregado, bem como em outras áreas, como no direito de família, o qual impõe que o casamento de idosos acima de 70 anos seja obrigatoriamente sob o regime de separação de bens; e, quando intervém no planejamento familiar, determina que a esterilização, de pessoas casadas, dependa do consentimento expresso de ambos os cônjuges<sup>262</sup>.

Sob a alegação de proteção, em vários países, neste trabalho nos reportamos apenas a Portugal e ao Brasil, as pessoas com deficiência mental são colocadas numa ampla esteira. Afinal, independente do grau da deficiência, eram consideradas absolutamente incapazes de se

---

<sup>256</sup> DWORKIN, Gerald - *Paternalism*. P. 183

<sup>257</sup> DWORKIN, Gerald - *Paternalism. Idem. Op. Cit.* P. 183.

<sup>258</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>259</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>260</sup> MAGALHÃES, Erika Barreto - **O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral**. P.119

<sup>261</sup> MIGUEL, Luis Felipe - **Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências**. P. 601-625.

<sup>262</sup> BRASIL. Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

autogovernar, com a justificativa de não possuírem discernimento e competência para tomadas de decisões. Em razão disso, embora constitucionalmente lhes fossem garantidos alguns<sup>263</sup> direitos fundamentais, como vida, saúde e integridade física, e justamente em nome da salvaguarda desses direitos, era imprescindível que alguém as representassem, tanto para os direitos de personalidade quanto aos direitos patrimoniais, mediante a interdição dessas pessoas.

Compreendemos que o processo de interdição, por décadas, era uma medida paternalista jurídica autoritária, aniquilando por completo qualquer autonomia das pessoas com deficiência mental. O paternalismo familiar, em regra, é muito mais evidente. Decerto a família se preocupa com o bem-estar do ente familiar deficiente ou com capacidade diminuída (filho, irmão, pais, avós e outros) que precisa de cuidado e está em condição de maior vulnerabilidade. Por causa disso, na maioria das vezes, cria barreiras com superproteção em razão da deficiência.

Ainda que a família deseje o melhor, trabalhe para oferecer o melhor de si, busque o melhor que o Estado e as instituições públicas ou privadas possam oferecer, as pessoas do núcleo familiar são as primeiras a estigmatizar a pessoa com deficiência em razão da deficiência, ignorando-a como sujeito na sua subjetividade e tratando-a como o objeto de proteção absoluta. Não se dá conta de que o pretexto dessa proteção, por vezes, exclui a pessoa do convívio social, anulando de vez a possibilidade de o deficiente usufruir da sua liberdade e ter autonomia. Por isso, a família o trata como eterna criança indefesa, incapaz de agir e de tomar as próprias decisões, impedindo-o de amadurecer como qualquer outra pessoa não deficiente, fazendo com que o deficiente permaneça infantilizado<sup>264</sup>.

Da mesma forma, o elemento básico para justificar as regras paternalistas legais e de políticas públicas está no facto de que o destinatário da regra ou da política pública pode ser considerado como incompetente para tomar suas decisões<sup>265</sup>.

Em um Estado de direito, de acordo com Miguel A. Ramiro Avilés, deve ser assegurado que a interferência do Estado não afete, de forma desarrazoada, os direitos básicos dos indivíduos, pois tal interferência modifica ou procura modificar escolhas que, embora não prejudiquem terceiros, têm impacto negativo no seu bem-estar, nas suas necessidades, nos seus interesses ou em seus valores<sup>266</sup>. Isso exigirá uma ênfase tanto na defesa da autonomia como

---

<sup>263</sup> Utilizamos o termo “alguns” direitos fundamentais, porque não se garantia às pessoas com deficiência, principalmente as com deficiência mental, o direito à filiação, ao casamento, aos direitos políticos e à sexualidade.

<sup>264</sup> MAGALHÃES, Erika Barret - **O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral**. *Idem. Op. Cit.* P.119.

<sup>265</sup> RAMIRO AVILÉS, Miguel A. - *A Vueltas con el Paternalismo Jurídico. Derechos Y Libertades*. P.224.

<sup>266</sup> *Idem - Ibidem.*

na dos direitos das pessoas que, em algum momento, não têm a possibilidade de tornar tal defesa compatível com a adoção de interferências paternalistas<sup>267</sup>.

Assim, a adoção justificada de uma medida regulatória paternalista dependerá da existência de uma pessoa que possa ser qualificada como incompetente, sem discernimento. Isso justificaria a adoção de uma medida regulatória paternalista sem que a autonomia pessoal esteja sujeita a tais limitações para fazê-la desaparecer<sup>268</sup>.

Uma vez entendido que o Estado promoverá intervenções paternalistas, quando necessário, desde que não viole a autonomia individual que, por sua vez, “consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão com as normas externas ditadas pelo Estado”<sup>269</sup>, surge outro questionamento: como mensurar a autonomia e a compreensão de uma pessoa com deficiência mental severa para tomar decisões livremente e de forma racional?

Ana Paula Barbosa Fohrmann sustenta a ideia de que as pessoas com deficiência mental e cognitiva grave são dotadas de autonomia, mesmo que precisem de apoio de outras pessoas para que sejam consideradas independentes e possam usufruir dos seus direitos. Para tanto, deve-se conciliar a autonomia com a igualdade e com a independência de acordo com a vulnerabilidade de cada indivíduo.<sup>270</sup> Destaca que o conceito de autonomia não deve ter o suporte no intelecto em si, mas na potencialidade de se fazer uso dele, pois seria o uso dessa potencialidade que outorgaria a toda pessoa a “autonomia potencial” e asseguraria a igualdade em relação a todos<sup>271</sup>.

Assim, em relação às pessoas com quadro severo de doença mental e estado vegetativo, a interpretação da autonomia potencial pode ser estendida a partir da memória de tais indivíduos<sup>272</sup>, ou seja, a vontade dessas pessoas pode preservada, mas manifestada por meio de terceiros com os quais mantiveram vínculos antes da patologia. Obviamente, considerando que o problema não é congênito, mas surgido da patologia, em algum momento da vida, impedindo-a de exercer sua autonomia.<sup>273</sup> Descreve a autora que

---

<sup>267</sup> RAMIRO AVILÉS, Miguel A. - *A Vueltas con el Paternalismo Jurídico. Derechos Y Libertades. Idem. Op. Cit.* P.224

<sup>268</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>269</sup> FOHRMANN, Ana Paula Barbosa - **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema.** P.91

<sup>270</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>271</sup> FOHRMANN, Ana Paula Barbosa - **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema.** *Op. Cit.* P. 92

<sup>272</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>273</sup> *Idem – Ibidem.*

A memória de tais pacientes poderia ser exercida autonomamente, não por eles, mas através de outros indivíduos, com os quais mantiveram vínculos antes da perda da memória, com base em histórias contadas por tais pacientes no passado ou pelos escritos deixados por eles, em que revelaram seus valores e sua própria identidade, antes do acidente que ocasionou o coma permanente ou do avanço da demência. A autonomia potencial de tais pessoas, aqui, se estenderia para o círculo de pessoas que lhe eram, são ainda mais próximas. Com base dessa leitura, isto é, da autonomia prolongada, poderia haver o exercício da autonomia de tais pessoas por intermédio do outro. Esse exercício não ocorreria por meio da substituição de sua vontade, mas – aqui, cabe enfatizar mais uma vez este ponto – com base na vontade de tais pacientes por todos conhecida no passado. O passado do indivíduo, assim, serve de base para a sua autonomia e dignidade no presente<sup>274</sup>.

Numa visão doutrinária tradicional, a tutela da personalidade jurídica é inerente à pessoa desde o seu nascimento com vida<sup>275</sup>, extinguido-se com morte cerebral superior (neocortical). Nessa situação, resulta que a questão da morte esteja resolvida de pronto desde que se trate de estado vegetativo persistente (EVP). No EVP, há dano cerebral com “perda das funções cerebrais superiores que controlam a consciência, a cognição e as emoções, mas as funções do tronco cerebral que permitem manter funções corporais, entre as quais a respiração, e ciclos de sono-vigília mantêm-se”<sup>276</sup>. Há o entendimento de que os doentes em EVP estariam mortos como pessoas, “porque o conceito de pessoa implica a existência de consciência e a capacidade de tomar decisões e assumir responsabilidades e não apenas a capacidade de manter algumas funções orgânicas”<sup>277</sup>. Em estado de EVP, não existe consciência.

Por conseguinte, é preciso identificar quanta consciência é necessário ter para se considerar que a pessoa está viva. Pois isso, embora não seja doente de EVP, existem situações, como as de doentes com demências, em que há uma perda gradual da função cognitiva, pelo que não seria fácil determinar quando se poderiam considerar mortos pela definição de morte cerebral superior<sup>278</sup>.

Em relação àquelas pessoas que não se pode identificar a potencialidade de um mínimo de vontade autônoma exercitável, sua autonomia é deslocada para outros indivíduos que, em seu interesse, a exercerão perante a sociedade<sup>279</sup>, seja por meio de decisão judicial, seja por Diretiva Antecipada de Vontade (DAV), prevista na Lei n.º 25/2012, de 16 de julho<sup>280</sup>, destinada à representação voluntária de cuidado de saúde sob a forma de testamento vital

---

<sup>274</sup> FOHRMANN, Ana Paula Barbosa - **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema.** *Idem. Op. Cit.* P.91

<sup>275</sup> SEQUEIRA, Elsa Vaz de - **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito.** *Idem. OP. Cit.* P. 181.

<sup>276</sup> GONÇALVES, Ferraz - **Conceitos e Critérios de Morte.** P. 246

<sup>277</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>278</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>279</sup> FOHRMANN, Ana Paula Barbosa – *Idem. Op. Cit.* 93.

<sup>280</sup> PORTUGAL. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

formalizado por uma pessoa que antecipa a sua vontade consciente de forma “livre e esclarecida”, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber ou não, no caso de, “por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente” (art. 2.º, n.º 1). A DAV é uma concretização da autonomia concreta, exercida por quem tem o mínimo de discernimento. Entretanto, não deixa de ser o paternalismo, por meio da intervenção estatal, como meio de proteção do maior com capacidade diminuída.

Existem situações que são imprescindíveis à intervenção judicial, como é o caso de Carolina Rosetti<sup>281</sup>, uma jovem brasileira com síndrome de down, atualmente com 27 anos de idade. Ela, até os 20 anos, foi criada pela avó materna; com o falecimento desta, a mãe continuou cuidando da filha. Além da mãe, Carolina tem uma irmã com 38 anos de idade.

Mesmo diante de todos os esforços promovidos pela família para a inclusão e a integração escolar e social de Carolina, não houve progresso. Ela continua com dificuldade nas funções executivas, que a inabilita para formular objetivos, planejar e organizar as ações necessárias ao alcance dos objetivos, monitorar o comportamento, inibir comportamentos inapropriados, resolver problemas e tomar decisões. Carolina, apesar da idade, tem a função cognitiva de uma criança com 08 anos de idade. Esse é um exemplo que retrata a necessidade de alguém falar por ela, porquanto não tem discernimento nem autonomia, o que justificaria a adoção de medidas paternalistas.

Decerto todos podem ser destinatários de medidas regulatórias paternalistas, ninguém deve ser excluído, pois todas as pessoas são potenciais destinatárias de tais regras. Afinal, todos são vulneráveis, alguns grupos mais: como as crianças, os idosos e as pessoas com deficiência mental severa, que, por sua vez, podem ser consideradas como os destinatários naturais das medidas protetivas. No entanto, não devemos esquecer que as regras legais paternalistas também podem ser dirigidas a adultos que são, geralmente, competentes, mas que, em determinado momento, demonstraram ou podem demonstrar incompetência específica<sup>282</sup>.

Pode dizer que uma pessoa tem autonomia,

Quando tem informações necessárias e adequadas (autonomia informativa), a propósito das suas possíveis opções e de acordo com as suas funcionalidades e habilidades (autonomia funcional), as suas condições internas (autonomia governativa) e as circunstâncias externas (autodeterminação), mesmo que tenha de socorrer-se de um sistema de apoio (autonomia capacitativa), decide em conformidade (autonomia deliberativa), agindo, por comissão ou omissão, por si ou através de outros (autonomia representativa), de acordo com a sua livre vontade, desejos e interesses, ainda que previamente manifestados

---

<sup>281</sup> Essa história foi narrada pela irmã da Carolina. Temos uma relação pessoal com Carolina e sua família.

<sup>282</sup> RAMIRO AVILÉS, Miguel A. - *A Vueltas con el Paternalismo Jurídico. Derechos Y Libertades. Idem. Op. Cit. P.226.*

(autonomia prospetiva), manifestando esta por qualquer meio de transmissão (autonomia comunicativa)<sup>283</sup>.

Reiteramos, todavia, que as pessoas não são imbatíveis e não estão imunes às interferências sociais, ambientais, económicas ou de qualquer outra ordem. Portanto, podem ser vulneráveis em algum momento da vida e, sempre que necessário e oportuno, deverá utilizar-se de uma estrutura de apoio<sup>284</sup>, “concedendo-se prioridade à sustentabilidade dessa condição de autonomia, enquanto estruturante do estatuto de cidadania”<sup>285</sup>.

## 6. A implementação das medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica

Diante de uma interpretação sistemática do artigo 12, n.º 2 da CDPD, entende-se que certas pessoas com deficiência não poderão desfrutar do pleno exercício de sua capacidade de agir simplesmente em virtude do reconhecimento absoluto da capacidade. Tanto é que o n.º 3<sup>286</sup> estipula ser necessário ter ferramentas de apoio em substituição na tomada de decisões relativas a pessoas com deficiência, anteriormente substituída por meio da interdição<sup>287</sup>.

O apoio previsto pela Convenção como "apropriado" é aquele que evidencia as capacidades e a remoção das barreiras ambientais para permitir o acesso e a inclusão ativa na sociedade (ambiente físico e cultural; justiça, habitação e transporte; serviços sociais e de saúde; educação e oportunidades de trabalho; vida cultural, profissional e política; esportes e recreação), exigindo-se, para tanto, ações positivas por parte dos Estados Partes a assegurar modelos de apoio que objetivem priorizar as decisões das pessoas com deficiências.<sup>288</sup>

Preferencialmente, a assistência deve ser deixada à vontade e com critérios exclusivos da pessoa que se encontre necessitada. No entanto, há um interesse e um dever por parte do Estado em apoiar pessoas em situações vulneráveis, tendo em vista que muitas pessoas com deficiência não têm a capacidade (competência/discernimento) de sempre solicitar medidas de apoio<sup>289</sup>.

---

<sup>283</sup> GOMES, Joaquim Correia - **Autonomia e (In)Capacidades: Passado, Presente e Futuro**. P. 69.

<sup>284</sup> Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). *Idem. Op. Cit.* P. 52.

<sup>285</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>286</sup> CDPD. Artigo 1.º, parágrafo 3º. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

<sup>287</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 368

<sup>288</sup> *Idem – Op. Cit. P. 373.*

<sup>289</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 373.

Embora o n.º 3 seja de extrema relevância às pessoas com deficiência mental, o sistema de apoio também é direcionado às pessoas com outras deficiências que poderão exercer esse direito. Isso porque o dito apoio inclui os mecanismos necessários para possibilitar que qualquer pessoa com deficiência possa, com autonomia, independência e liberdade, exercer sua capacidade legal em relação a todos os aspetos, aspetos da vida, o que implica, na prática, o reconhecimento da garantia plena da acessibilidade em todas as suas dimensões<sup>290</sup>.

O exercício da capacidade jurídica não deve ser limitado a uma efetiva tomada de decisão, mas, conforme outrora mencionado, deve incluir também um momento anterior de descoberta e expressão de desejos e preferências<sup>291</sup>, a levar em consideração “a memória” do assistido.

O modelo de apoio exigido na CDPD é amplo, pois entende a formalização do ato jurídico como a última instância de um processo complexo e humano, no qual o principal bem jurídico a ser protegido é a autonomia e o exercício dos direitos da pessoa, porque o apoio não deve ser visto como uma ficção jurídica, mas como concretização dos direitos humanos<sup>292</sup>.

As medidas de apoio devem ser inseridas pelos Estados Partes, de forma gradual e progressiva, e envolverá a implementação de um sistema complexo que exigirá não apenas reformas legais, mas também ação política por parte dos Estados para garantir, entre outras coisas, educação adequada e recursos financeiros<sup>293294</sup>. Os Estados devem propiciar apoio adaptado às diferentes situações pessoais e às diversas deficiências intelectuais ou mentais da pessoa em questão. Ou seja, será necessário disponibilizar diferentes tipos de figuras de apoio que melhor se adaptem à situação particular a fim de que cumpra seu papel e seja eficaz<sup>295</sup>.

## **6.1 A implementação de medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica no direito português**

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, introduziu, no sistema jurídico português, os artigos 138.º a 156.º do Código Civil e, nos artigos 891.º a 904.º do Código de Processo Civil, a medida

---

<sup>290</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 373.

<sup>291</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>292</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>293</sup> BARRIFFI, Francisco José – *Idem. Op. Cit.* P. 374

<sup>294</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>295</sup> *Idem – Ibidem.*

de acompanhamento. Além disso, alterou o regime jurídico da exploração e prática das apostas desportivas à cota de base territorial, à Lei do Jogo, à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas<sup>296</sup>. Essa modificação fez com que fosse eliminado o modelo de substituição, sistema dualista representado pela interdição e inabilitação para seguir o sistema monista, legitimando o modelo de acompanhamento, o qual é flexível e permite adequação conforme o caso concreto<sup>297</sup>.

Para acompanhar as modificações na sociedade atual, foram necessárias alterações legislativas para a criação do novo instituto jurídico de proteção dos maiores, adaptado às reais aptidões e limitações dessas pessoas e preservação máxima da sua autodeterminação. Desse modo, a referida lei está em consonância com a ordem internacional, sustentada por três princípios fundamentais: o princípio da preservação máxima da capacidade, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade<sup>298</sup>. O propósito desses fundamentos foi de proteger, promover e garantir a autonomia da que pessoa que tenha sua capacidade diminuída, com uso de providências apropriadas, de acordo com a necessidade, a adequação e a proporcionalidade, como reforço no exercício da sua capacidade jurídica<sup>299</sup>.

Ao contrário do sistema de substituição, o modelo de acompanhamento preserva a autonomia do maior incapacitado o máximo possível<sup>300</sup>. Porém, para situações graves em que a pessoa não tenha condição de reger a si próprio e os seus bens, apenas o acompanhamento não será suficiente. Nesse caso, excepcionalmente, será admitida a representação<sup>301</sup>, conforme preceituado no art. 140.º do Código Civil.<sup>302</sup>

Os fundamentos para ordenar a medida de acompanhamento estão previstos no artigo 138.º, e baseiam-se na existência de problema de saúde que comprometa a capacidade do maior reger a própria vida e os seus bens; na deficiência congênita ou adquirida; ou na alteração de comportamento que o impossibilite gerir sua vida e seu património<sup>303</sup>.

O artigo 141.º do mesmo instrumento jurídico estabelece que o “acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por

---

<sup>296</sup> PORTUGAL. Lei n.º 49/2018. **Diário da República, Série I**. N.º 156 (14-08-2018), P.4072 – 4086.

<sup>297</sup> SEQUEIRA, Elza Vaz – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito**. *Idem. Op. Cit.* P. 189.

<sup>298</sup> ASJP. Parecer: Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Institutos da Interdição e da Inabilitação.

<sup>299</sup> ASJP. Parecer: Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Institutos da Interdição e da Inabilitação.

<sup>300</sup> SEQUEIRA, Elza Vaz – *Idem. Op. Cit. P. 189*.

<sup>301</sup> *Idem – Ibidem*.

<sup>302</sup> PORTUGAL. Código Civil Português. Decreto-Lei n.º 47344.

<sup>303</sup> SEQUEIRA, Elza Vaz – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito**. *Idem. Op. Cit. P. 190*.

qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público.” Chama a atenção o nº 2 desse artigo, pois, diferentemente do previsto na Lei brasileira (EPD) sobre a tomada de decisão apoiada, indica a possibilidade de o acompanhado não ter condições de indicar o acompanhante, por isso deixa a cargo do juiz suprir esta escolha<sup>304</sup>.

O Código Civil Português arrola, no artigo 143.º, quem são as pessoas que podem ser acompanhantes, indicando a possibilidade de mais de um, cada qual para uma função (143.3), enquanto na lei brasileira a previsão é de no mínimo dois acompanhantes<sup>305</sup>. Quanto ao âmbito ou ao conteúdo do acompanhamento, previsto no art. 145.º, determina que “limita-se ao necessário”. Contudo, nada impede que o Tribunal delimite ou especifique determinadas obrigações, como a administração total ou parcial dos bens do acompanhado (art. 145.º, 2, c).

No que concerne ao exercício dos direitos pessoais e aos negócios, o artigo 147.º estipula que “o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário”<sup>306</sup>. Mais uma vez, o legislador português demonstra cautela, porque respeita a capacidade de agir. No entanto, caso a pessoa com deficiência grave não tenha condições de exercê-la, excepcionalmente, poderá ser limitada. Em acordo com Patricia Cardoso Dias, as medidas de proteção devem observar os princípios norteadores da necessidade, da adequação e da proporcionalidade para que não cerceiem, automaticamente, o adulto incapacitado das decisões de ordem pessoais<sup>307</sup>.

Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, para que seja decretado o acompanhamento, devem ser observados dois requisitos: “um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva”<sup>308</sup>.

A primeira hipótese é aplicada quando o sujeito sem deficiência ou enfermidade, por alguma razão, temporariamente, esteja impossibilitado de “exercer plena, pessoal e conscientemente os direitos ou cumprir os deveres”<sup>309</sup>. Nessas situações, a lei permite que a pessoa seja acompanhada provisoriamente para fins específicos<sup>310</sup>.

---

<sup>304</sup> PORTUGAL. Código Civil Português. Decreto-Lei n.º 47344.

<sup>305</sup> 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.

<sup>306</sup> PORTUGAL. Código Civil Português. Decreto-Lei n.º 47344.

<sup>307</sup> DIAS, Patricia Cardoso - **A perspectiva ético-jurídica da doutrina da alternativa menos restritiva de direitos: afirmação da capacidade e da autodeterminação em cuidados de saúde do adulto com capacidade diminuída**. *Idem. Op. Cit.* P. 71.

<sup>308</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. P.64.

<sup>309</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. *Idem. Op. Cit.* P.66.

<sup>310</sup> *Idem – Ibidem*.

O critério objetivo é adotado quando a pessoa está impossibilitada de exercer seus direitos e obrigações em “razões de saúde, numa deficiência ou no comportamento, do beneficiário”<sup>311</sup>. Esse requisito dá margem ao juiz para especificar as funções do acompanhante de forma ampla conforme o caso em concreto<sup>312</sup>. A questão é: independentemente de se se adotado o critério objetivo ou subjetivo, em razão do princípio da subsidiariedade ser base do acompanhamento, isso não visa tolher capacidade jurídica do sujeito, mas sim, dar-lhe apoio e auxílio para que possa exercê-la de maneira mais plena possível<sup>313</sup>.

Em que pese não existir o instituto da interdição, tal qual ocorre na curatela no direito brasileiro, excepcionalmente, “o acompanhado pode sofrer uma restrição tão ampla da sua capacidade que, na prática, fica equiparado a um interdito”<sup>314</sup>, ainda que observado o princípio da menor intervenção à pessoa que precisa de apoio. Daí caberá ao judiciário, com o suporte de equipe interdisciplinar, o complexo desafio de avaliar caso a caso, de acordo com suas particularidades, e apontar quais serão os limites da medida de apoio; quais podem ser realizados<sup>315</sup>; se serão aplicadas todas as medidas prevista no art. 145.º do CC, como o exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir; a representação geral ou a representação especial com indicação expressa; a administração total ou parcial de bens; e a autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos.

Há ainda de observar o princípio da proibição do excesso, o qual deverá ser aplicado como delimitação das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência,<sup>316</sup> “instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual”, decorrendo “inquestionavelmente da própria ideia de Estado de Direito”<sup>317</sup>.

## **6.2 A implementação de medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica no direito brasileiro**

---

<sup>311</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. *Idem. Op. Cit.* P.66.

<sup>312</sup>BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. *Idem. Op. Cit.* P. 74.

<sup>313</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>314</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>315</sup> CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e - **Análise Crítica Do Futuro Processo Judicial Para “Acompanhamento De Maior”**. P. 19.

<sup>316</sup> COSTA, Mariana Fontes da - **O Reconhecimento da Proibição do Excesso como Critério Delimitador das Medidas de Acompanhamento das Pessoas com Deficiência**. P. 108.

<sup>317</sup> NOVAIS, Jorge Reis - **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. P. 161.

Tal qual no direito português, no direito brasileiro, com a receção da Convenção no direito interno, ocorreu considerável modificação na legislação interna ao reconhecer a capacidade civil da pessoa com deficiência mental.

Enquanto Portugal instituiu as regras para o maior acompanhado, no Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) extirpou a interdição e criou o modelo jurídico da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) e legisla novas regras acerca da curatela. Dessa forma, temos, no direito brasileiro, a TDA e a curatela como medidas de apoio à pessoa com deficiência.

A TDA está prevista no art. 1.783-A do Código Civil, introduzida pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. O EPD impõe um modelo intermediário que pode ser convocado pelo sujeito que tem discernimento e por aquele que se encontra totalmente impossibilitado de expressar sua vontade. Em razão disso, poderá ser curatelado e, conseqüentemente, considerado relativamente incapaz<sup>318</sup>.

As pessoas com deficiência que se autodeterminem e exprimem sua vontade podem, eventualmente, caso desejem, se beneficiarem da TDA para que exerçam sua capacidade de agir em condições de igualdade com os demais.<sup>319</sup> Essas pessoas, em razão da impossibilidade de se autodeterminarem e de manifestarem sua vontade, excepcionalmente, a elas poderá ser aplicada a curatela. O modelo é “remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano”<sup>320</sup>, cujo objetivo é “resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais”<sup>321</sup>.

A TDA poderá ser requerida, preferencialmente, pelo próprio apoiado (conforme o parágrafo 2º do artigo 1.783-A) o qual escolherá no mínimo duas pessoas de sua confiança a dar-lhe apoio para as decisões da vida civil (art. 1.783-A). Assim, “para formular pedido, 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” (parágrafo 1º, art. 1.783-A). Isso quer dizer que o apoiado manterá sua autodeterminação em todos os aspetos da sua vida, pois a função do apoiador é de apenas auxiliá-lo.

---

<sup>318</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. *Idem*. *Op. Cit.* P.112.

<sup>319</sup> *Idem* – *Ibidem*.

<sup>320</sup> *Idem* – *Ibidem*.

Em relação à curatela da pessoa com deficiência, “constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (art. 84, §3º, EPD) ao passo que a pessoa somente será submetida à curatela, excepcionalmente, quando necessário (art. 84, §1º, EPD). Entende-se como necessidade aquela situação em que a pessoa com deficiência não puder manifestar sua vontade. Contudo, a curatela “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (art. 85, EPD), excluindo da medida “direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (art. 85, §1º EPD).

Diferente da lei portuguesa, a norma brasileira é omissa quanto ao poder de tutela do juiz, quando este estiver diante de uma situação em que a pessoa com deficiência não tenha qualquer discernimento ou competência para manifestar sua vontade, que pode ocorrer quando uma pessoa estiver em coma ou diante de deficiência mental grave. Esse é um caso em que Farias e Rosenvald entendem que o magistrado deve conceder a tutela da forma mais ampla, atribuindo ao curador funções sobre os direitos de personalidade e patrimoniais, respeitando “os aspectos pessoais e individualizados”<sup>322</sup> do curatelado, ou seja, deverá ser observado o caso em concreto.

Com efeito, em ambos os sistemas legislativos e jurídicos há muito que compreender e melhorar e, no mesmo entendimento que Mafalda Miranda, “a jurisprudência, terá [...] um papel fundamental na densificação deste tríptico de fundamentos. Mas, enquanto os Tribunais (principalmente os Tribunais superiores) não se pronunciarem judicativamente sobre essas questões, cabe à doutrina ensaiar algumas respostas”<sup>323</sup>. Afinal, o legislador não consegue prever todas as situações fáticas que possam gerar consequências jurídicas.

### **CAPÍTULO III CONSEQUÊNCIAS DA GARANTIA DE IGUALDADE AO EXERCÍCIO DA CAPACIDADE JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

#### **7. Direitos patrimoniais e extrapatrimoniais**

Respeitar a autonomia sob o viés do direito de personalidade como direito fundamental obriga ao Estado e a sociedade civil reestruturar e criar formas de transpor barreiras que

---

<sup>322</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. *Idem*. *Op. Cit.* P. 113.

<sup>323</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. P.64. *Idem*. *Op. Cit.* P. 74.

impedem o exercício da liberdade fundamental das pessoas com deficiência a fim de propiciar regime jurídico mais apropriado ao exercício dos direitos da personalidade.<sup>324</sup>

A CDPD, para proteger a igualdade no exercício da capacidade jurídica, seja no que diz respeito aos direitos patrimoniais, seja quanto aos extrapatrimoniais, conecta o artigo 12.º a outros dispositivos da própria Convenção a fim de garantir os direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, a integridade psicológica, a igualdade e a liberdade<sup>325</sup>. Além disso, impõe aos Estados o dever de assegurar que nenhuma pessoa com deficiência seja restringida no gozo e no exercício da capacidade legal por causa da sua deficiência.

Não obstante a Convenção de Oviedo levasse em consideração a autorização dos incapazes ou dos seus representantes para intervenções médicas, a CDPD sedimentou não apenas o direito ao livre consentimento da submissão ao tratamento médico, prevista na Convenção de Oviedo, na qual, recomendava que a vontade dos incapazes fosse levada em consideração e respeitada quando submetidos às intervenções médicas, mas também o direito à constituição familiar e de procriação e a outros direitos de personalidade. Em relação ao direito patrimonial, prevê o amplo exercício para a realização dos negócios jurídicos pela pessoa com deficiência mental.

A seguir, veremos alguns direitos fundamentais garantidos pela Convenção como o acesso à justiça, à liberdade e à segurança da pessoa; a proteção contra a exploração, a violência e o abuso; a proteção à integridade pessoal; a participação na vida política; o direito de constituir família e de procriar; a não incidência da prescrição e da decadência e a nulidade dos negócios jurídicos.

## 7.1 Acesso à justiça

O acesso à justiça é direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil e na Constituição da República Portuguesa, ao passo que o acesso formal ao poder judiciário pode ser definido como um direito do indivíduo, não apenas de ter acesso ao poder judiciário, mas também de que haja solução do litígio<sup>326</sup>. No que diz respeito à Convenção, esse direito é muito mais amplo, pois inclui a participação direta e indireta em todos os procedimentos e se estende

---

<sup>324</sup> MACHADO, Diego Carvalho - **Capacidade de Agir e Direitos de personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Direito à Privacidade**. P. 79.

<sup>325</sup> *Idem – Ibidem*.

<sup>326</sup> ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli - **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**.

por toda a administração da justiça<sup>327</sup>. No contexto da deficiência, consiste no direito de as pessoas com deficiência participarem efetivamente de todas essas funções derivadas da administração da justiça como efetivo exercício do acesso à justiça<sup>328</sup>.

Existem barreiras que limitam o acesso das pessoas com deficiência à justiça, seja no simples facto de irem ao tribunal, seja na comunicação dos atos processuais, como falta de acesso aos edifícios utilizados para a administração da justiça; os altos custos e a complexidade do sistema judicial que impedem muitas pessoas com deficiência de considerarem ir ao tribunal em busca da tutela jurisdicional; e a falta de assistência ou apoio jurídico para facilitar a comunicação com pessoas com deficiências sensoriais, mentais ou intelectuais.<sup>329</sup> Aliado a estes obstáculos físicos, económicos e sociais, persistem, nos ordenamentos jurídicos, barreiras legais que limitam a participação no processo, que impedem sua atuação como testemunhas ou jurados, incluindo a dificuldade de exercer a profissão de advogado ou outra carreira jurídica<sup>330</sup>.

Para exemplificar, a partir de um caso real, citamos a situação de um casal com deficiência sensorial. Ambos os cônjuges eram deficientes auditivos. Ele desapareceu, sem informar à conjuge qual seria o seu destino. Após dois anos sem contato, ela pleiteou o divórcio judicial com pedido de pensão alimentícia. Entretanto, no dia da audiência, a comunicação entre ela, os advogados e o juiz foi inviável, porque não havia nenhum profissional intérprete de libras que pudesse fazer a interlocução. Como a pessoa que assessorava a parte era irmã dela, em razão da parcialidade, estava impedida de participar do ato. Na mesma audiência, requereu-se a nomeação de um intérprete juramentado o qual fora deferido pelo juiz. No entanto, ultrapassado o prazo concedido pelo juízo, o Tribunal respondeu que não existia naquela jurisdição intérprete juramentado. Em razão disso, o processo, que iniciou em 2015, encontrava-se estagnado até 2022<sup>331</sup>.

A conclusão foi que a autora deficiente se deparou com barreira legal que, apesar de formalmente ter acesso ao judiciário, não houve a efetivação da justiça, porque o Tribunal não dispunha de profissional habilitado para cooperar no deslinde da ação.

---

<sup>327</sup> BIEL PORTERO, Israel - *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Idem. Op. Cit.* P. 358.

<sup>328</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>329</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>330</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>331</sup> O processo tramitou na Jurisdição de Vitória, Estado do Espírito Santo, Brasil. A requerente era assistida pelos advogados do Laboratório de Prática Jurídica de uma Faculdade de Direito. Para o atendimento da autora, não houve dificuldade por parte dos advogados, porque a irmã dela a acompanhou como intérprete e, se fosse necessário, a instituição de ensino, por meio no Núcleo de Atendimento Especial, dispunha de profissional para tal. Apesar de a faculdade ter no seu quadro de funcionários uma intérprete, esta não poderia ser nomeada pelo juízo, porque, coincidentemente, era amiga íntima dos familiares do esposo demandado judicialmente.

Historicamente, tem sido negado às pessoas com deficiência o acesso à justiça e a igualdade de tratamento pelos Tribunais, pelos operadores do direito, pelo sistema prisional e por outros organismos envolvidos na administração da justiça. As diferentes barreiras não só limitam a possibilidade das pessoas com deficiência utilizarem o sistema judiciário, mas também limitam e/ou impedem a sua possibilidade de contribuir para a administração da justiça, para a sociedade e para a comunidade<sup>332</sup>.

Com a finalidade de proporcionar o acesso à justiça, o artigo 13.º da CDPD protege as pessoas com deficiência, caso queiram exercer um direito relativamente novo, pois não está expressamente previsto em nenhum instrumento de direito internacional dos direitos humanos, com exceção do artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Esse artigo prevê a prestação de assistência judiciária gratuita a quem não tiver recursos suficientes, quando necessário, para garantir o acesso efetivo à justiça<sup>333</sup>.

Outrossim, o artigo 13.º n.º .1 obriga os Estados a assegurarem que pessoas com deficiência tenham igual acesso à justiça, nas mesmas condições com os demais, inclusive por meio de ajustes processuais para garantir que as pessoas com deficiência possam exercer suas funções em pé de igualdade com outras. Negar tais ajustes constituir-se-á discriminação nos termos dos artigos 2º e 5º da Convenção.

## **7.2 Liberdade e segurança da pessoa com deficiência mental**

O direito à liberdade e à segurança é um dos pilares básicos de um Estado Democrático; confere às pessoas com deficiência um direito geral de não ser arbitrariamente ou ilegalmente privado de sua liberdade. Além disso, decorrente dela, os Estados têm a obrigação de tratar as pessoas privadas de liberdade de acordo com o direito, de forma que respeite a sua dignidade e os seus direitos humanos que, no caso da deficiência, se traduz no dever de fazer os devidos ajustes razoáveis<sup>334</sup>.

O artigo 14.º deixa bem claro que a deficiência não serve como justificativa para a privação de liberdade. Por sinal, sabemos que o simples facto de uma pessoa ser deficiente mental ou ter algum desequilíbrio emocional era considerado motivo suficiente para prisão ou internação em “sanatórios”. Nota-se isso desde a literatura de Machado de Assis, em “O

---

<sup>332</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 178 e 317.

<sup>333</sup> BIEL PORTERO, Israel – *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P. 330.

<sup>334</sup> *Idem* -. *Ibidem*

Alienista”, na qual o personagem, um médico psiquiatra, constrói um manicômio para abrigar os loucos da região. Inicialmente, as internações eram pertinentes e tratadas conforme o diagnóstico. No entanto, com o passar do tempo, as internações passaram a ser por qualquer motivo aparente, de simples gripe ou tristeza, sem qualquer distinção entre as enfermidades, as pessoas com deficiência mental, sensorial ou física, fazendo com que ocorresse superlotação no manicômio sem que este oferecesse condições de cuidar ou receber pacientes<sup>335</sup>.

Saindo da ficção, muito antes do surgimento dos manicômios/sanatórios, as pessoas com deficiência mental, no período clássico, no século XV, os ditos “loucos” e “insanos” eram expurgados das cidades, entregues às “naus dos loucos”, em que os marinheiros ou mercadores se encarregavam de deixá-los em outras cidades, isso quando não eram atirados ao mar<sup>336</sup>. Michel Foucault relata que a loucura não era definida; os devassos, os pais dissipadores, os filhos pródigos, os blasfemadores, os libertinos, os insanos, eram todos, indistintamente, alocados em um hospital que estava mais para uma prisão<sup>337</sup>. O filósofo afirma que essas prisões “servem para a diversão cruel dos prisioneiros e dos espectadores ociosos, nas ocasiões em que se reúne muita gente. Muitas vezes causam inquietações, assustam os que estão internados com eles”<sup>338</sup>.

No século XIX, o médico francês Philippe Pinel foi um dos precursores que compreendeu a loucura de maneira humanizada, considerando-a como transtorno mental e por isso deveria ser tratada por meio de procedimentos psiquiátricos e psicológicos que possibilitassem a recuperação ou o equilíbrio das capacidades mentais das pessoas<sup>339</sup>. Daí surgiram os estudos sobre a psiquiatria e as instituições psiquiátricas menos terríveis e cruéis que as da idade clássica, mas ainda como locais de total repressão e isolamento<sup>340</sup>.

Daniela Arbex narra, em “O holocausto brasileiro”, a lastimável realidade do maior hospício do Brasil, o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, no Estado de Minas Gerais, julgado, na década de 80, pelo psiquiatra Franco Basaglia, como campo de concentração nazista, porque as pessoas ali internadas tinham a “humanidade confiscada”<sup>341</sup>. No local, centenas de homens e mulheres, muitos sem qualquer diagnóstico de doença mental,

---

<sup>335</sup> ASSIS, Machado de - **O Alienista**.

<sup>336</sup> FOUCAULT, Michel – **A história da loucura: na idade clássica**. *Idem. Op. Cit.* P. 553.

<sup>337</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>338</sup> *Idem - Ibidem*

<sup>339</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; Moureira, Diogo Luna- **Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento**. P.147.

<sup>340</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna – **Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento**. *Idem. Op. Cit.* 147.

<sup>341</sup> ARBEX, Daniela - **O Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. P.29

compulsoriamente, foram trancafiados e tratados de forma desumana, comiam ratos, bebiam água do esgoto ou urina e dormiam sobre o feno<sup>342-343</sup>. Atualmente não existem manicômios/hospícios no Brasil, mas sim clínicas psiquiátricas especializadas e foi numa dessas que o Hospital Psiquiátrico de Barbacena se transformou<sup>344</sup>. Existem também hospitais de custódia e tratamento aos presos com transtornos mentais que estejam reclusos.

A internação involuntária de pessoas com deficiência em instalações psiquiátricas é uma prática generalizada e aceita em praticamente toda a legislação nacional, seja em Portugal, seja no Brasil, seja em outros países, apesar do próprio sistema reconhecer que se trata essencialmente de uma privação de liberdade. Mais uma vez, o modelo social e o reconhecimento do direito ao exercício da capacidade jurídica se combinam para questionar seriamente essa prática e, pelo menos, rever a sua viabilidade do ponto de vista da Convenção<sup>345</sup>.

No ordenamento jurídico português a Lei de Saúde Mental de n.º 36/98<sup>346</sup> regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica e das pessoas com doença mental. Prevê que o internamento compulsivo, em caso excepcional, se for a única forma de garantir a submissão a tratamento do internado, ainda assim, as limitações aos direitos fundamentais decorrentes do internamento compulsório são as estritamente necessárias e adequadas à efectividade do tratamento (art. 8.º). Os pressupostos para o internamento consistem em, quando, por força da anomalia psíquica, houver perigo “para bens jurídicos, de

---

<sup>342</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>343</sup> “Fundado em 1903, o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, em Minas Gerais, conhecido apenas por Colônia, recebia diariamente centenas de pessoas para serem internadas. A maioria delas, no entanto, não tinha o diagnóstico de doença mental, eram homens e mulheres que haviam se tornado incômodos para gente com mais poder: homossexuais, prostitutas, epiléticos, mães solteiras, meninas problemáticas, mulheres engravidadas pelos patrões, moças que haviam perdido a virgindade antes do casamento, mendigos, melancólicos ou simplesmente tímidos.

Boa parte desses pacientes foi internada à força e um número estarrecedor de pessoas foi submetido a condições desumanas com o consentimento do Estado, médicos, funcionários e sociedade. Esses homens, mulheres e até crianças chegaram a comer ratos, beber esgoto ou urina e dormir sobre o feno. Nas noites geladas da serra da Mantiqueira, eram jogados ao relento, praticamente nus.

Morreram de fome, frio, doenças e todo tipo de maus-tratos. Mortes lucrativas, uma vez que entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para 17 faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse. Apesar das denúncias feitas a partir da década de 1960, mais de 60 mil internos morreram e um número incontável de vidas foi marcado de forma irreversível.

Daniela Arbex localizou sobreviventes e entrevistou os ex-funcionários para resgatar de maneira detalhada e emocionante as histórias de quem viveu de perto o horror perpetrado por uma instituição com um propósito de limpeza social comparável aos regimes mais abomináveis do século XX. Holocausto brasileiro é o relato essencial sobre um capítulo obscuro da história brasileira, o que fez dele um marco do jornalismo investigativo no país.”

<sup>344</sup> Empresa Brasil de Comunicação.

<sup>345</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos.* *Idem. Op. Cit.* P. 323

<sup>346</sup> PORTUGUAL. Lei n.º 36/98 Diário da República n.º 169/1998.

relevante valor, próprios ou alheios, de natureza extrapatrimonial ou patrimonial, e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado”, ainda que o internado não tenha condições de consentir o internamento.

O Estado não proíbe a internação involuntária das pessoas para tratamento médico, mas deve proibir que tais medidas sejam aplicadas por "razões de deficiência", isto é, exclusivamente em relação a pessoas com deficiência<sup>347</sup>. Sob o prisma da CDPD, é necessário integrar o artigo 12.º e o artigo 14.º e 15.º, porque não faz sentido o Estado garantir a capacidade de decisão de todas as pessoas com deficiência se, ao mesmo tempo, permitir que uma pessoa com uma deficiência mental seja internada compulsoriamente em uma instituição psiquiátrica<sup>348</sup>. Parece que estamos diante de um paradoxo, pois, afinal, existem pessoas que precisam ser internadas e não se encontram em condições de manifestarem sua vontade, quanto mais autorizar ou não a internação.

Embora tenham ocorrido grandes avanços em relação às internações psiquiátricas e as legislações portuguesa<sup>349</sup> e brasileira<sup>350</sup> prevejam que as internações compulsórias em instalações psiquiátricas sejam temporárias e sujeitas a controlo judicial, no Brasil, a prática mostra que o nível de recuperação é excepcional, preponderantemente, nos hospitais públicos e nos hospitais prisão, em que as pessoas com deficiência são frequentemente colocadas e vivem em condições de superlotação. Além disso, os alegados cuidados médicos são escassos e, muitas vezes, o nível de "saneamento" mínimo, por vezes inexistente, deixando de ser um lugar de tratamento e recuperação para se tornar um repositório para as pessoas indesejadas pela sociedade<sup>351</sup>.

Essa realidade é duramente retratada no documentário “A casa dos mortos”<sup>352</sup>, gravado no Hospital de Custódia e Tratamento (HCT) de Salvador-Bahia. Dentre as histórias narradas, a do interno Almerindo evidencia a desumanidade. Ele foi internado por provocar danos de lesão corporal leve, em 02/11/1981; o atestado da sua incapacidade mental foi realizado apenas em 12/05/1982 e a sentença foi proferida em 1984, cuja pena foi de internamento mínimo por dois anos, ou seja, considerando a data da internação e a data da sentença, ele já tinha cumprido

---

<sup>347</sup> PORTUGUAL. Lei n.º 36/98 Diário da República n.º 169/1998.

<sup>348</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>349</sup> PORTUGUAL. Lei n.º 36/1998.

<sup>350</sup> BRASIL. Lei no 10.216, de 6 de abril de 2001.

<sup>351</sup> BARIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Idem. Op. Cit.* P. 323.

<sup>352</sup> DINIZ, Débora. **A casa dos mortos.**

a pena. Em 2009, quando o documentário foi gravado, o interno ainda permanecia no hospital de custódia. Ficou “recluso” 27 anos sem qualquer contato com o mundo externo, nem mesmo com a família ou amigos. Em uma das entrevistas de avaliação com Almerindo, a funcionária do Hospital lhe perguntou se gostaria que encontrassem uma casa para ele morar. A resposta foi negativa, sob a justificativa de que “Almerindo já morreu”. Não obstante, biologicamente vivo, de facto, para a sociedade ele estava morto, talvez porque na sua subjetividade, para ele próprio também, não haveria mais vida, afinal passara quase três décadas internado sem necessidade. Apesar de ser medicado, cuidado básico realizado pelo hospital, nas gravações, é perceptível que não há qualquer outra promoção de atividade que faça parte do tratamento dos internos.

Em que pese as mazelas das instalações e tratamentos nos hospitais psiquiátricos, também no Brasil, tivemos a psiquiatra Nise da Silveira, única mulher dos 157 homens de uma turma de medicina, em 1926, na Bahia – BR<sup>353</sup>. Ela se recusava a utilizar os métodos de “tratamentos” da época, como choque elétrico, choque cardiazólico e insulínico, camisa de força e isolamento, e inovou ao criar o tratamento humanizado das pessoas com deficiência ou doença mental no Brasil<sup>354</sup>. Desde 1944, Nise da Silveira implementou a terapia ocupacional com o uso da pintura de quadros, os quais foram recolhidos durante anos e, atualmente, integram o acervo do Museu de Imagens do Inconsciente no Rio de Janeiro<sup>355</sup>.

O tratamento frio e distante não acontece apenas no Brasil ou em Portugal, pode-se dizer que ocorre em outros países, como nos Estados Unidos. Isso fica bem claro em um trecho do relato de Oliver Sacks<sup>356</sup>, quando narra, no livro “Um antropólogo em Marte”, a história de Greg. F., um jovem institucionalizado. Sacks descreve que

É fácil, mesmo não sendo amnésico, perder contato com a realidade atual nas enfermarias esquecidas dos hospitais para doentes crônicos. Há uma única rotina que não mudou em vinte ou cinquenta anos. Você acorda, é alimentado, levado ao banheiro, e deixado sentado num corredor; depois almoça, é levado para jogar bingo, janta e vai para a cama. É verdade que a TV pode ficar ligada aos brados na sala da televisão – mas a maioria dos pacientes não presta atenção nela. É verdade que Greg tinha prazer em suas novelas e faroestes prediletos. Mas, como a maioria, achava as notícias chatas e, progressivamente, ininteligíveis<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> BIERNATH, André - **Você precisa conhecer a história de Nise da Silveira.**

<sup>354</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>355</sup> Memória da loucura: apostila de monitoria / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos, Coordenação-Geral de Documentação e Informação, Centro Cultural da Saúde – Brasília: Ministério da Saúde, 2004. P. 33.

<sup>356</sup> Oliver Sacks é médico neurologista e no seu livro o “Um antropólogo em Marte”, narra sete casos clínicos reais diferentes de deficientes e distúrbio neurológicos.

<sup>357</sup> SACKERS, Oliver – **Um antropólogo em Marte.** P. 60.

Esse trecho revela o quanto é necessário que os Estados Partes promovam ações afirmativas por meio de políticas sociais e legislativas, a levar em consideração os estudos da psiquiatria, da psicanálise, da sociologia, da arte e de outras disciplinas que contribuíssem com o desenvolvimento dos profissionais de toda a sociedade para melhor tratamento às pessoas com deficiência, possibilitando que estas desenvolvam e exerçam sua autonomia.

Atualmente, tanto Portugal quanto o Brasil trabalham para a desinstitucionalização das pessoas com deficiência, criando mecanismos “extra-hospitalares” aos cuidados da saúde mental, a fim de promover a integração e a inclusão social, bem como desestigmatizá-las, respeitando-as como sujeito de direito<sup>358</sup>. Ambos os países enfrentam dificuldades para garantir tratamento humanizado às pessoas com deficiência mental, pois romper com o preconceito exige muito mais que leis específicas. É necessário integrar, educar e conscientizar a sociedade de forma geral, por isso as mudanças propostas pelos artigos 14.º e 15.º da CDPD na área da internação ou detenção involuntária é uma profunda mudança de paradigma que visa quebrar estruturas e ideologias demasiadamente enraizadas no modo de pensar e agir da sociedade. Certa resistência à mudança é compreensível e, acima de tudo, um processo gradual necessário. Enquanto na esfera doméstica essa mudança ainda é muito incipiente, na esfera do sistema universal de direitos humanos é possível identificar o progresso<sup>359</sup>.

Ainda que a CDPD rompa paradigma, excepcionalmente, haverá situações em que a internação compulsória será necessária, ainda assim, não menos humanizada. Para justificar a internação, a privação de liberdade deve ser de acordo com o previsto em lei e não segundo aquelas medidas que sejam ilegais ou arbitrarias<sup>360</sup>. Ademais, não será a deficiência ou a doença do paciente que motivará a sua hospitalização, mas a existência de um sério risco de dano ou a necessidade para receber tratamento, quando sua capacidade de fazê-lo é afetada de julgamento, como nos casos de gravidade especial, caso típico que pode ocorrer em razão da idade ou de determinada deficiência mental grave que impeça o consentimento autônomo<sup>361</sup>.

---

<sup>358</sup> FILHO, Antonio José de Almeida; FORTES, Fabíola Lisboa da Silveira; QUEIRÓS, Paulo Joaquim Pina; PERES; ALMEIDA, Maria Angélica de; VIDINHA, Telma Sofia dos Santos; RODRIGUES Manuel Alves – **Trajectoria histórica da reforma psiquiátrica em Portugal e no Brasil**. P. 120.

<sup>359</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 342.

<sup>360</sup> PORTERO, Israel Biel – *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. *Idem. Op. Cit.* P. 350.

<sup>361</sup> *Idem. Op. Cit.* P. 352.

### 7.3 Proteção contra exploração, violência e abuso das pessoas com deficiência

As pessoas com deficiência precisam de cuidado especializado em razão da propensão de serem vítimas de exploração, violência e abuso. Essa proteção não se deve apenas devido à vulnerabilidade em que as pessoas com deficiência geralmente se encontram, mas também porque persistem certas atitudes sociais, porquanto ser comum que os atos de violência, exploração ou abuso ocorrem dentro da própria família, em instituições nas quais estão internadas ou em seu ambiente comunitário<sup>362</sup>.

O “abuso é definido como qualquer ato ou omissão que, intencional ou negligentemente, viole os direitos humanos, as liberdades, a integridade física ou mental, a dignidade ou o bem-estar de uma pessoa vulnerável”<sup>363</sup>. Os abusos podem se manifestar através de várias formas específicas, incluindo violência física ou psicológica, exploração ou abuso sexual, negligência, abuso de bens pessoais de móveis ou imóveis, e demais intervenções que violem a integridade do sujeito ou configurem-se como violência institucionalizada<sup>364</sup>.

Para evitar a exploração, a violência e o abuso, o n.º 1 do artigo 16.º da CDPD é muito claro ao especificar que a proteção deve ocorrer tanto dentro quanto fora de casa, determinando a natureza das medidas a serem adotadas, que devem ser de natureza legislativa, administrativas, sociais, educacionais ou quaisquer outros atos legítimos que impeçam o abuso contra as pessoas com deficiência mental.

Eis que a Convenção determina a presença firme dos Estados para que estabeleçam medidas com o objetivo de prevenir a ocorrência de qualquer situação de abuso, violência ou exploração. Normatiza ainda que auxiliem aqueles que foram vítimas, exigindo que adotem legislação e políticas eficazes para garantir que casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam detetados, investigados e, quando apropriado, processados<sup>365</sup>, principalmente quando se trata de deficiência mental. Nessa categoria, inserem-se ainda alguns em estado de extrema vulnerabilidade, pois, para além da deficiência, podem estar sujeitos à discriminação potencializada em razão da “origem nacional, étnica, indígena ou social, propriedade, nascimento, idade ou outro status”<sup>366</sup>. Isso demonstra a extrema relevância do papel legislativo dos Estados Partes, afinal, não basta declarar a capacidade das pessoas com deficiência, é necessário reconhecê-las vulneráveis e garantir-lhes que não sofram abusos. Por

---

<sup>362</sup> PORTERO, Israel Biel – *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Idem. Op. Cit.* P. 352.

<sup>363</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>364</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>365</sup> ONU - Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>366</sup> *Idem – Ibidem.*

isso, de certa forma, o artigo 16.º da Convenção estabelece uma expectativa legítima de intervenção para proteger alguém da violência, da exploração e do abuso.

Obviamente, ao criar mecanismos de proteção, isso significa, principalmente, intervir para policiar as ações de outras pessoas, desde que não seja indevidamente confundido pelo paternalismo exacerbado e que não ocorra o despojamento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência mental, isto é, é preciso equilíbrio entre proteção e autonomia<sup>367</sup>. Nesse contexto, na tentativa de evitar abusos e exploração das pessoas com deficiência, o EPD<sup>368</sup> tipifica como crimes e/ou infrações administrativas a discriminação contra as pessoas com deficiência (art. 88), a apropriação de bens e proventos de qualquer natureza (art. 88), o abandono (art. 89) e a retenção ou posse indevida do cartão magnético ou outros documentos (art. 99) cujas consequências resultam em multa ou em reclusão com pena máxima até 05 anos.

No entanto, não nos parece suficiente, porque os abusos ultrapassam o descrito na lei. Isso nos leva a indagar como evitar que as pessoas com deficiência mental sejam ludibriadas ao celebrar um negócio jurídico. Como evitar que sejam induzidas a manter relação sexual sem ter noção do que é o ato sexual que, por vezes, o sexo para elas é tal qual para uma criança em desenvolvimento, ou seja, nada sabem (não estamos tratando do estupro, mas de relação sexual consentida)? Como evitar abusos diante de um matrimônio com interesses escusos? Evidentemente, todas as pessoas estão sujeitas a serem enganadas por diversas razões, tendo em vista que todos são vulneráveis de alguma forma. No entanto, há de se reconhecer que as pessoas com deficiência mental são significativamente mais vulneráveis, por isso a imprescindibilidade do exercício Estatal a fim de evitar as práticas abusivas.

Decerto, o Estado não dá conta de tudo, principalmente no que diz respeito a índole de cada pessoa. Justamente à vista disso, deve ser rigoroso contra atos exploratórios e abusivos para com as pessoas com deficiência mental, seja com a criação de leis, seja com fiscalização, seja com conscientização para toda a sociedade, para que tais pessoas possam, efetivamente, exercerem, de forma segura, sua capacidade jurídica.

#### **7.4 Proteção à integridade pessoal**

O artigo 17.º da CDPD impõe a proteção à integridade pessoal. Trata-se de uma previsão objetiva e relevante, porque, ao determinar a “Proteção da Integridade Pessoal”, está se

---

<sup>367</sup> QUINN, Gerard - *Ideas paper on Legal Capacity*. P. 6.

<sup>368</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

referindo à necessidade de respeitar a integridade física e mental das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Isso sedimenta que os Estados Partes devem indicar as medidas para proteger as pessoas não apenas das intervenções coercitivas narradas<sup>369</sup>, mas também abordar a questão do consentimento informado, principalmente para a submissão ao tratamento médico.<sup>370</sup>

O consentimento informado é obtido sem ameaça ou persuasão indevida, para fornecer ao paciente informações adequadas e compreensíveis, na linguagem que ele entenda, acerca do diagnóstico, da avaliação, da finalidade, do método, da duração provável e dos benefícios esperados do tratamento proposto. Todas as alternativas possíveis de tratamento devem ser informadas, incluindo as de menor risco e as menos dolorosas.<sup>371</sup>

Quando se trata de submissão voluntária ao tratamento médico, inicialmente, questiona-se até que ponto o Estado tem legitimidade para forçar uma pessoa a submeter-se ao tratamento médico, haja vista que todos têm a liberdade de optar ou não, mediante uma informação clara e precisa acerca dos tipos de tratamentos e das consequências destes. É comum existir esses conflitos diante de pessoas que são Testemunha de Jeová, que não admitem a transfusão de sangue; outras que são anoréxicas, obesas, alcoólatras e toxicômanos, sobre as quais há uma tendência a forçar o tratamento clínico sem que o consintam. Ocorrem ainda os casos de pessoas com doenças graves que não aceitam qualquer tipo de tratamento, ora acreditando no milagre divino da cura, ora deixando-se morrer.

Ressaltamos, todavia, que a recusa de tratamento, no plano dos direitos fundamentais, é fundado no direito a integridade física e moral (Art. 25.º, n.º 1 CRP) e, na liberdade de consciência (art. 41.º CRP), sendo que qualquer pessoa adulta, em virtude do princípio da autodeterminação, tem o direito de recusar tratamentos indicados pelo médico por mais desarrazoado que pareça, mesmo que coloque sua vida em perigo, ainda assim, o médico deve respeitar a decisão do paciente, sem se abster de fazer tudo que for possível e estiver ao seu alcance para convencê-lo a aceitar o tratamento e intensificar a informação e o esclarecimento<sup>372</sup>.

Normalmente, essas situações levam a dilemas bioéticos, diante do notório conflito de direitos fundamentais entre o exercício da autonomia de o sujeito fazer suas próprias escolhas e a preservação da sua vida. Contudo, quando se tratava de pessoas com deficiência mental ou

---

<sup>369</sup> QUINN, Gerard – *Ideas paper on Legal Capacity. Idem. Op. Cit.* P. 8.

<sup>370</sup> *Ídem – Ibidem.*

<sup>371</sup> *Ídem – Ibidem.*

<sup>372</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias Pereira - **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica.** P. 548.

intelectual, os dilemas bioéticos pareciam não existir, vez que a vontade da pessoa podia ser substituída por um terceiro. Eis aí a manifestação de uma sutil discriminação contra as pessoas com deficiência, porque não se trata de elas serem forçadas a se submeterem a tratamentos médicos ou à experimentação científica, mas de sua vontade ser substituída por um terceiro agindo em seu nome, seja ele um curador, seja um médico, seja um juiz<sup>373</sup>.

Ainda que aplicando os artigos 15.º e 17.º de forma conexa, deve-se distinguir entre as práticas que podem envolver ato de tortura ou tratamento desumano, cruel ou degradante (sobre o qual não deveria de forma alguma haver consentimento), e aquelas práticas que possam simplesmente prejudicar a integridade pessoal. Nesse ponto, a manifestação da pessoa com deficiência deve ser aceita como uma decisão pessoal livremente tomada.<sup>374</sup> Existe uma linha tênue entre um e outro, pois um tratamento ou um experimento científico, embora consentido, pode se transformar em um ato cruel e degradante.

Contra os atos de tortura, em virtude da ética e dos direitos humanos, não há discussão sobre seu aniquilamento, aliás, sequer deveriam existir, ainda que, na prática, existam. Entretanto, no que diz respeito ao consentimento livre como manifestação da autodeterminação da pessoa com deficiência mental e para sua proteção integral, questiona-se como uma pessoa com deficiência mental ou intelectual terá o discernimento para compreender e fazer distinção de qual será o melhor tratamento para si ou até mesmo de se abster de qualquer tratamento.

O eixo fundamentador está no binômio competência/incompetência a ser intercambiado com a capacidade civil.<sup>375</sup> Afinal, conforme mencionado no tópico 6.4, o termo “competência” seria o mais adequado para analisar o discernimento para as tomadas de decisões das pessoas com deficiência mental, uma vez que, sob a ótica jurídica, mesmo não existindo qualquer discernimento ou real compreensão de quaisquer situações, será considerada plenamente capaz<sup>376</sup>. Isso ocorre, porque a “competência” traduz a dimensão sobre o discernimento e a real compreensão dos factos para tomadas de decisão. Obviamente, trata-se de algo bem complexo, vez que é necessário considerá-lo no contexto da decisão específica a ser tomada, ou da função específica a ser cumprida, até mesmo porque pessoas não deficientes, muitas vezes, também

---

<sup>373</sup> BARIFFI, Francisco José – *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. *Idem. Op. Cit.* P. 338.

<sup>374</sup> *Idem – Ibidem*.

<sup>375</sup> APPELBAUM, Paul S. M.D – *Assessment of Patients' Competence to Consent to*. P. 6.

<sup>376</sup> CARDOSO, Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser – *A Análise da (in) Competência de Pessoas com Deficiência Mental e Intelectual para o Exercício de Direitos Existenciais*. *Idem. Op. Cit.* P.15.

não alcançam a “real compreensão” do caso concreto<sup>377</sup>. No entanto, na maioria das vezes, sua decisão é respeitada.<sup>378</sup>

Os médicos, seja mediante lei, seja pela ética médica, devem obter o consentimento informado de seus pacientes antes de iniciarem um tratamento<sup>379</sup>. O consentimento livre e esclarecido válido é baseado na divulgação de informações apropriadas a um paciente competente que tenha permissão para fazer uma escolha voluntária<sup>380</sup>.

A determinação da competência dos pacientes é fundamental para a obtenção do equilíbrio adequado entre o respeito e a autonomia dos pacientes que são capazes de tomar decisões informadas e para a proteção daqueles que não têm competência, denominados incompetentes<sup>381</sup>, mas não juridicamente incapazes. Cita-se, por exemplo, o caso de pessoas com doença de Alzheimer, distúrbios psiquiátricos e outras demências graves que, de acordo com Paul Appelbaum, essas pessoas não têm consciência da deficiência ou da doença, nem da necessidade de tratamento médico. Por isso, as avaliações das competências dos pacientes pelos médicos devem ser criteriosas, porquanto o nível de deficiência que torna um paciente incompetente para tomar decisões de tratamento deve manter o equilíbrio adequado entre o

---

<sup>377</sup> No Brasil, no ano de 2017, um jovem, aos 22 anos de idade, foi diagnosticado com doença renal grave e se recusava a submeter-se à hemodiálise e a exames para receber o transplante. A mãe, num ato de desespero, recorreu ao Poder Judiciário para obrigá-lo a se tratar. Após perícia médica, constatou-se que, apesar de o jovem ter plena capacidade de entendimento, não possuía maturidade afetiva e emocional. Por isso, o juiz do caso deferiu a interdição parcial, concedendo à mãe a curatela por um ano, única e especialmente com a finalidade de acompanhar o jovem ao tratamento médico. Contudo, ainda assim, ele se recusou ao tratamento, até que, em 2019, após duas paradas cardíacas e algumas sequelas, afirmou que sua decisão era equivocada e, por isso, mudou de ideia e resolveu lutar pela vida. O Processo que envolve esse caso tramitou na jurisdição do Estado de Goiás, sob o nº 24226-91.2017.8.09.0149, do qual foi extraída parte da decisão publicada no Diário Oficial - “Requerido: JHPCF Adv Reqte: 18334 go - Dorvacir Fernandes de Matos Adv Reqdo: 31303 go - George Alexander Neri de Carvalho. Despacho: Isto posto, julgo procedente o pedido, decidindo com observância ao disposto no artigo 1.767, I do código civil, pronuncio a interdição parcial e provisória de José Humberto Pires de Campos Filho, nos autos qualificado, pelo prazo de 01 (um) ano, unicamente no que se refere a sua autonomia para submeter-se a tratamento médico, especialmente as sessões de hemodiálise, passando essa decisão e providência à curadora, podendo ser renovada por igual período, mediante novo requerimento. Nomeio-lhe, pois, curadora, sua mãe a Sra. Edina Maria Alves Borges que no exercício do encargo de vera zelar pelas questões relacionadas à saúde do interdito, ficando autorizada a adotar todas as providências necessárias para o cumprimento das prescrições médicas e cuidado da saúde do requerido, incluindo internações, em UTI ou não, sessões de hemodiálise, se for o caso, vedada a utilização de qualquer forma de coerção física em relação ao interdito, inclusive sedação. Recomendo que o interditado passe por acompanhamento psicoterapêutico. Consigne-se que a presente sentença produzirá efeitos desde a publicação (NCPC, art. 1.012, I, VI). (...). P.R.I. Trindade, 22 de novembro de 2017. Eder Jorge Juiz de Direito.” Processo n. 24226-91.2017.8.09.0149 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

<sup>378</sup> OMS – Organização Mundial Da Saúde – **Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislações: cuidar, sim – excluir, não.** *Idem. Op. Cit. P. 58.*

<sup>379</sup> BRASIL. Resolução Nº 2.217/2018.

<sup>380</sup> CARDOSO. Kelly; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. **A Análise da (in) Competência de Pessoas com Deficiência Mental e Intelectual para o Exercício de Direitos Existenciais** *Idem – Op. Cit. P. P.15.*

<sup>381</sup> APPELBAUM, Paul S. M.D – *Assessment of Patients’ Competence to Consent to.* *Idem – Op. Cit. P. 6.*

respeito ao paciente e a sua autonomia, bem como proteger-lhe das consequências de uma má decisão.<sup>382</sup>

A avaliação do paciente, no que concerne à competência de tomar decisões, é um aspeto intrínseco de toda interação médico-paciente e reforça que a avaliação será implícita, uma vez que, na ausência de um motivo para questionar a tomada de decisão de um paciente, prevalecerá a presunção de competência.<sup>383 384</sup>. A menos que haja urgência da condição médica do paciente e exija que uma decisão substituta seja buscada imediatamente, deve ser impulsionado de forma intensiva a identificar se a pessoa com deficiência possui compreensão das informações relevantes sobre o tratamento a ser submetido, caso fique claro que a pessoa carece de discernimento de tomar decisões de tratamento, em caráter excepcional, deverá o suprimento da incapacidade, sejam por meio das directivas antecipadas de vontade, que pode ser pelo testamento vital ou na figura do procurador de cuidados de saúde, e o representante legal<sup>385</sup>, outrossim, também não carece de autorização do paciente quando as intervenções são complementares ou visem garantir o bem estar do paciente por meio da administração de analgésicos e anti-inflamatórios, uma vez que não<sup>386</sup>.

Os instrumentos de suprimento da incapacidade somente serão utilizados e serão eficazes quando verificados, cumulativamente, que o paciente esteja em situação de incapacidade não transitória; (ii) seja necessária a realização, suspensão ou cessação de um determinado cuidado de saúde; (iii) seja relevante aos seus interesses; (iv) e sem que tenha prestado prévio consentimento<sup>387</sup>, sendo que “o juízo de aferição desta capacidade dependerá, em grande parte, de um juízo sobre a natureza, gravidade e riscos resultantes desse cuidado de saúde face aos conhecimentos e faculdades cognitivas do paciente”<sup>388</sup>. Identificada a necessidade de substituição, o terceiro deverá utilizar como critério na tomada de decisão, obrigatoriamente, os interesses subjetivos do paciente incapaz, relacionados “pela vontade real presumida ou construída a partir da escala de valores e desejos do paciente”<sup>389</sup>.

---

<sup>382</sup> APPELBAUM, Paul S. M.D – *Assessment of Patients’ Competence to Consent to*. *Ídem – Op. Cit.* P. 6.

<sup>383</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>384</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>385</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>386</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha - **A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos**. P.64.

<sup>387</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>388</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>389</sup> *Idem – Ibidem.*

## 7.5 Participação na vida política e pública

O artigo 29.º da CPDP, de forma ampla, garante às pessoas com deficiência o exercício ao direito de voto em igualdade com as demais e exige que os Estados Partes removam todas as barreiras ou impedimentos legais ou regulamentares que impeçam as pessoas com deficiência de exercer esse direito com base em sua deficiência<sup>390</sup>. O dispositivo da Convenção reconhece e protege o gozo e o exercício dos direitos políticos por pessoas com deficiência, o que inclui a participação ativa e passiva, e as diferentes instâncias de participação política, tais como sindicatos, função pública ou partidos políticos<sup>391</sup>.

Esse dispositivo, certamente, causará grande impacto sobre os Estados Partes, no que diz respeito ao aspeto mais fundamental e básico dos direitos políticos, ou seja, o direito de voto. Assim, sua ligação com o artigo 12.º não é por acaso, porque a grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais, frequentemente, restringem ou privam as pessoas com deficiência do exercício de sua capacidade legal desse direito.<sup>392</sup>

Tal assertiva é confirmada no Relatório sobre “O direito efetivo das pessoas com deficiência a votar nas eleições para o Parlamento Europeu”, do Comitê Económico e Social Europeu (CESE), apresentado na secção Plenária de 20 de março de 2019<sup>393</sup>. Nesse documento, consta que “cerca de 800 000 cidadãos da UE de 16 Estados-Membros são privados do direito de participar nas eleições para o PE” em decorrência da deficiência. Por isso, busca-se garantir o direito das pessoas com deficiência da União Europeia (UE) a votar nas eleições para o Parlamento Europeu (PE).

Embora o parecer do CESE se ocupe dos procedimentos das eleições europeias, o Comitê tem a expectativa de que o documento contribua com os países da UE para encontrar soluções que eliminem as barreiras jurídicas e técnicas as quais impedem as pessoas com deficiência de votar.<sup>394</sup> Isso porque alguns cidadãos com deficiência são privados de participar nas eleições para o PE devido a uma deficiência ou a problemas de saúde mental.<sup>395</sup>

Dispõe o Relatório que é imprescindível a mudança de atitudes diante das pessoas com deficiência mental ou intelectual, que, apesar de serem protegidas, são impedidas de exercer o

---

<sup>390</sup> ONU – **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.**

<sup>391</sup> *Idem.*

<sup>392</sup> BARRIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos.* *Idem. Op. Cit.* P. 341.

<sup>393</sup> PATER, Krzysztof - **O direito efetivo das pessoas com deficiência a votar nas eleições para o Parlamento Europeu Relatório de informação.** P. 15.

<sup>394</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>395</sup> *Idem – Ibidem.*

direito ao voto e, aqueles países que privam essas pessoas de exercer tal direito devem harmonizar seu sistema interno de acordo com obrigações impostas pela Convenção<sup>396</sup>.

Certamente, embora ratificado, a assertiva que protege o direito de participação na vida política das pessoas com deficiência não surgiu com a CDPD. Na verdade, ele já era garantido pelo artigo 20.º, n.º 2, alínea b, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o qual prevê que os cidadãos da União Europeia têm o “direito de eleger e ser eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu, bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado”.<sup>397</sup>

Da mesma forma, é previsto, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no artigo 39, que todos os cidadãos da UE têm o direito de eleger nas eleições para o Parlamento Europeu. Além disso, o artigo 21.º, n.º 1º, prevê a proibição de discriminação em razão da deficiência e o artigo 26.º prescreve que “a União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”<sup>398</sup>.

O artigo 71.º da Constituição Portuguesa consagra que os “cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”. Isso implica afirmar que também têm direito ao voto e de serem votados, ressalvada a incapacidade prevista na legislação. Assim, a Lei Eleitoral da Assembleia da República de n.º 14/79, de 16 de maio, indicava, no artigo 2º, que não possuíam capacidade eleitoral ativa “os interditos por sentença com trânsito em julgado” e “os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos<sup>399</sup>”, que ia contra a CDPD. Todavia, houve alteração desse dispositivo<sup>400</sup>, com a revogação da primeira hipótese e a alteração da segunda, passando a vigorar que “os que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos”. Essa nova redação demonstra que o Estado está a promover ações afirmativas para se adequar à Convenção, na verdade, mais que isso, para garantir o direito de um grupo discriminado.

---

<sup>396</sup> PATER, Krzysztof - **O direito efetivo das pessoas com deficiência a votar nas eleições para o Parlamento Europeu Relatório de informação.** *Idem – Op. Cit.18.*

<sup>397</sup> Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>398</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

<sup>399</sup> PORTUGAL. Lei Eleitoral da Assembleia da República de n.º 14/79.

<sup>400</sup> *Idem.*

No Brasil, a Resolução nº 21.920, de 19 de setembro de 2004 – Vitória/ES, do Tribunal Superior Eleitoral<sup>401</sup>, em consonância com o direito à igualdade, prevista no art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira<sup>402</sup>, e com a CDPD, garante alistamento eleitoral e o voto obrigatório para todas as pessoas com deficiência. Como no Brasil o voto é obrigatório e o não cumprimento gera sanção administrativa, a mesma Resolução não impõe a sanção à pessoa com deficiência, caso seja impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto. No âmbito legislativo, não percebemos impedimentos, no entanto, ainda há muito que melhorar em relação à acessibilidade, à inclusão e à integração.

Não podemos deixar de apontar aquelas hipóteses em que a pessoa com deficiência mental ou intelectual não tenha competência para discernir ou compreender e aprender o objetivo do exercício do sufrágio para fazer uma escolha consciente (reconhecemos também, nesse aspeto, que muitas pessoas sem deficiência também não possuem competência para entender a dimensão do exercício da cidadania pelo voto). Desse modo, se uma pessoa, excepcionalmente, tem um acompanhante/apoiante ou curador, como seria o exercício desse direito, “sendo, como é característica essencial do direito de sufrágio o seu exercício pessoal? Isso implicaria o “princípio da pessoalidade do voto”, ou seja, já que o voto é “intransmissível e insuscetível de representação ou procuração”.<sup>403</sup>

Antes da vigência da Lei do “maior acompanhado” , em Portugal e o EPD no Brasil, quando se decretava a interdição da pessoa com deficiência, ela perdia automaticamente seu direito político. Entretanto, após a promulgação das novas leis e consequentes alterações legislativas, o terceiro, apoiador na tomada de decisões ou curador, em regra, não pode interferir nas decisões dos direitos de personalidade. Nesse contexto, abre-se um precedente para a teoria de Ana Paula Fohrmann, abordada anteriormente, a qual defende a preservação da autonomia da pessoa com quadro severo de doença mental, por meio da memória desses indivíduos<sup>404</sup>, em que será manifestada por outras pessoas com as quais mantiveram vínculos antes da patologia.

---

<sup>401</sup> **Resolução nº 21.920, de 19 de setembro de 2004 – Vitória/ES.** Art. 1º O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para todas as pessoas portadoras de deficiência.

Parágrafo único. Não estará sujeita a sanção a pessoa portadora de deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto.

<sup>402</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>403</sup> ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **Cidadania e Deficiência.**

<sup>404</sup> *Idem. Ibidem.*

Reiterando, isso quando o problema não for congênito, mas tenha surgido em algum momento da vida, uma deficiência impedindo-a de exercer sua autonomia<sup>405</sup>. Partindo desse pressuposto, se o terceiro apoiador ou curador já conhecia a preferência ou ideais políticos da pessoa deficiente, entendemos que possibilitará que o juiz estenda ao curador ou apoiador o exercício do direito ao sufrágio.

## 7.6 O direito de constituir família e procriar

O artigo 12.º, interligado ao artigo 23.º da CDPD, afeta diretamente pelo menos três questões basilares no exercício do direito de família pelas pessoas com deficiência mental, que envolvem o direito ao casamento, o direito à filiação e à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos.<sup>406</sup>

A CDPD apenas reafirma o direito humano à família para todas as pessoas com deficiência, tendo em vista que o artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>407</sup> e o artigo 12.º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos<sup>408</sup> reconhecem o direito ao casamento e a constituir uma família. Embora tais ordenamentos já estabeleçam o direito ao casamento, a CDPD adota disposições normativas relevantes a fim de garantir a não discriminação com base na deficiência e o reconhecimento do exercício da capacidade legal por todas as pessoas com deficiência em uma base de igualdade.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral nº. 5, critica a frequência com que as pessoas com deficiência são ignoradas ou têm negados seus direitos relacionadas com a família<sup>409</sup>. Isso se deve ao facto de ser comum as pessoas com deficiência serem impedidas de casar, de constituir sua família, de ter filhos ou, quando os fazem, são impedidas de exercer sua parentalidade. Além disso, há dificuldade em manter relações afetivas com outras pessoas ou em poder experimentar sua sexualidade.

Essa realidade não decorria apenas do impedimento das normas estatais que negavam ou restringiam esses direitos, mas, preponderantemente, de certas atitudes negativas por parte

---

<sup>405</sup> FOHRMANN, Ana Paula Barbosa - **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema.** *Idem. Op. Cit.* P.91.

<sup>406</sup> BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos.* *Idem. Op. Cit.* P. 353.

<sup>407</sup> Artigo XVI 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

<sup>408</sup> Artigo 12.º (Direito ao casamento) A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

<sup>409</sup> Comentário geral nº 5: Pessoas com deficiência.

da família e da comunidade que envolvem essas pessoas, algo que, mesmo diante de normas que garantam o direito ao casamento, à filiação e à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, o preconceito, a falta de informação e até mesmo a superproteção, continuam enraizadas na sociedade e dificultam o exercício desses direitos.

Olga Maria Bastos e Suely Ferreira Deslandes afirmam que, normalmente, os pais e a sociedade temem as manifestações sexuais que se iniciam na adolescência e têm dificuldade de lidar com isso. Ademais, existe o receio do abuso sexual e da gravidez, a utilização dos métodos contraceptivos, inclusive a esterilização. Apesar das preocupações, são assuntos que devem ser debatidos<sup>410</sup>. Talvez um dos entraves acerca do assunto seja a falta de experiência ou o tabu que se cria para tratar sobre a sexualidade das pessoas com deficiência mental, desencadeando “atitudes opressoras e discriminação, que impedem um desenvolvimento mais pleno do indivíduo contra essas pessoas impedindo-as de contrair matrimônio e de constituir família”<sup>411</sup>.

Ao considerar que “o desenvolvimento da sexualidade está vinculado ao desenvolvimento integral do indivíduo, sendo considerado um elemento constitutivo da personalidade”,<sup>412</sup> não há razão para que as pessoas com deficiência mental não tenham seu direito à sexualidade respeitado.

Para garantir o respeito ao exercício da sexualidade, do matrimônio e da formação familiar, o primeiro parágrafo do artigo 23.º da CDPD estabelece que “os Estados Partes devem tomar medidas eficazes e adequadas para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência em todas as questões relativas ao casamento, família, parentalidade e relacionamentos, em igualdade de condições com os outros”<sup>413</sup>.

Os dispositivos do artigo 23 são destinados a garantir que pessoas com deficiência, sob esse contexto, sejam direcionadas pelos mesmos valores, normas e costumes geralmente aplicáveis ao resto da população e não por regras diferentes<sup>414</sup>.

Esse dispositivo, conforme assinala Israel Biel Portero, é caracterizado por um preceito extensivo e complexo<sup>415</sup>. Extensivo, porque, como consequência da discriminação histórica, as pessoas com deficiência têm sofrido com a falta de respeito por seus direitos familiares. Por isso, o artigo regula uma ampla gama de aspetos relacionados com o casamento, com a família,

---

<sup>410</sup> BASTOS, Olga Maria; DESLANDES, Suely Ferreira - **Sexualidade e o adolescente com deficiência mental**. P. 391.

<sup>411</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>412</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>413</sup> ONU. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

<sup>414</sup> BIEL PORTERO, Israel – *Los derechos humanos de las personas con discapacidad. Idem. Op. Cit.* P. 388.

<sup>415</sup> *Idem - Ibidem.*

com a procriação, com a fertilidade e com a parentalidade.<sup>416</sup> Por sua vez, é complexo, porque, durante a negociação, lidou com aspetos que foram controversos para vários Estados Partes, que se mostraram reticentes na redação do artigo, o que levou a uma linguagem ambígua e, às vezes, imprecisa<sup>417</sup>, mas que não foi impeditivo para consolidar o artigo.

Uma das questões marcantes se refere à procriação das pessoas com deficiência mental. Historicamente, houve restrição aos direitos reprodutivos dessas pessoas, as quais eram institucionalizadas e esterilizadas compulsoriamente.<sup>418</sup> Atualmente, com as alterações legislativas, o cenário vem mudando, pois a esterilização involuntária infringe o direito inalienável de um indivíduo de procriar, sendo que possui os mesmos direitos que qualquer outro cidadão.<sup>419</sup>

Mesmo diante da garantia prevista no artigo 23.º da CDPD, há o debate que envolve a reprodução das pessoas com habilidades mentais limitadas e dificuldade com habilidades para a vida, ou seja, se têm competência/discernimento ou não<sup>420</sup>, ao suscitar se as pessoas sem competência podem entender completamente as ramificações da atividade sexual. Entende-se que, para aquelas pessoas com deficiência leve ou moderada, é possível alcançar entendimento do que é uma gestação e dos cuidados de uma criança. Já aquelas pessoas com deficiência mental grave, que, por vezes, possuem dificuldades com o autocuidado, não entenderiam as ramificações da atividade sexual<sup>421</sup>.

É notória as inúmeras dificuldades para transformar os paradigmas existentes relacionados à sexualidade das pessoas com deficiência mental, mas é necessário insistir e garantir que essas pessoas exerçam o direito à sexualidade, à procriação e a constituir família de forma segura.

## **7.7 Impactos no plano da invalidade do negócio jurídico**

Antes de nos ocuparmos com a invalidade dos negócios jurídicos, rememoremos que o termo negócio jurídico decorre dos atos jurídicos *lato sensu*, e resultam de ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos. Cristiano Chaves de Farias e Nelson

---

<sup>416</sup> BIEL PORTERO, Israel – *Idem. Op. Cit.* P. 390.

<sup>417</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>418</sup> BARBOZA, Renato. **Sexualidade e reprodução como direitos das pessoas com deficiência intelectual e suas interfaces com as políticas públicas na Educação.** P. 469.

<sup>419</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>420</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>421</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** *Idem. Op. Cit.* P. 118

Rosenvald defendem que é necessário levar em consideração a teoria de Pontes de Miranda, a qual traça a estrutura do negócio jurídico nos planos da existência, da validade e da eficácia.<sup>422</sup> Tais elementos são essenciais e devem cumprir os requisitos exigidos pela ordem jurídica para que os negócios jurídicos produzam efeitos<sup>423</sup>.

No plano da existência, para o negócio jurídico existir, pressupõe-se a presença de elementos mínimos, a saber: o agente, o objeto, a forma e a declaração da vontade<sup>424</sup>, ao passo que “no negócio jurídico a vontade assume uma posição especial, refletindo-se nos seus fundamentos e efeitos”<sup>425</sup>, tendo em vista que, em razão do princípio da autonomia privada, todas as pessoas têm liberdade para celebrar negócios jurídicos. Daí criar direitos e obrigações, embora possa sofrer limitação Estatal em decorrência da supremacia da ordem pública e do interesse social<sup>426</sup>.

No plano da validade do negócio jurídico, estão incluídas as hipóteses de nulidades (nulidade absoluta) e anulabilidade (nulidade relativa). Distinguem-se os efeitos da nulidade e da anulabilidade. A primeira ocorre quando há “ofensa a preceitos de ordem pública”<sup>427</sup>; pode ser declarada de ofício pelo juiz e a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado. Não está sujeita à confirmação, não se sujeita à caducidade nem à prescrição, não produz efeitos; pode ser reconhecida por ação declaratória e admite conversão substancial<sup>428</sup>. A segunda fundamenta-se em questões de ordem privada, somente quem a aproveita poderá invocar a anulação do negócio jurídico; está sujeita à confirmação ou redução; convalesce com o passar do tempo; produz efeitos enquanto o negócio não for anulado; pode ser reconhecida por meio de ação desconstitutiva e comporta reparo pelas próprias partes<sup>429</sup>.

Embora os efeitos da invalidade do negócio jurídico sejam os mesmos, tanto no direito brasileiro quanto no direito português, as causas da invalidade são divergentes em alguns aspectos. Um deles é a nulidade do negócio jurídico celebrado por agente absolutamente incapaz, conforme previsto pelo art. 166, CCB<sup>430</sup>, o qual incluía no rol, além dos menores de 16 anos,

---

<sup>422</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. *Idem*. **Op. Cit.P. 140.**

<sup>423</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>424</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>425</sup> GONÇALVES. **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral**. P. 201.

<sup>426</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>427</sup> *Idem - Ibidem.*

<sup>428</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson - **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. *Idem*. **Op. Cit.P. 140.**

<sup>429</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>430</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

as pessoas com deficiência mental. Enquanto que, de acordo com Elsa Vaz de Sequeira, no ordenamento português não existe previsão quanto a invalidade dos actos praticados pelos incapazes, conquanto haja presunção de o acto será nulo, reportando-se a nulidade do testamento feito por incapaz (art. 2190.º) e a anulabilidade do casamento viciado de incapacidade (art. 1631.º).

O n.º 5º do artigo 12.º da CDPD exige que os Estados Partes promovam medidas que garantam às pessoas com deficiência o igual direito de administração do seu património. Sob esse intuito, no Brasil, após a receção da CDPD no direito interno e a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), as pessoas com deficiência física ou mental foram excluídas do rol dos absolutamente incapazes. Com isso, todos passam a ser considerados plenamente capazes, aptos a praticar todos os atos de vida civil, sem a proteção da possível nulidade do negócio jurídico, quando constatada sua prática por pessoa com deficiência mental. Após a EPD, a pessoa com deficiência mental sem competência/discernimento para exprimir sua vontade são enquadradas no rol das pessoas relativamente incapazes<sup>431</sup>, submetendo-as ao regime jurídico das anulabilidades,<sup>432</sup> o que já era adotado no direito português antes das modificações inseridas no Código Civil Português, pela Lei n.º 49/2018, de 14/08<sup>433</sup>. Em decorrência desse efeito, surgiu a preocupação de se o EPD, a reboque, e a CDPD estariam desprotegendo a pessoa com deficiência ao invés de protegê-la.

O mesmo ocorreu no tocante à caducidade e à prescrição, porque, antes, as pessoas com deficiência não eram alcançadas por tais regimes, pois o artigo 198, I e 208 do CCB preveem que não corre a prescrição e a decadência contra os incapazes arrolados no artigo 3º. Ou seja, não alcançavam os menores de 16 anos e as pessoas com deficiência mental como mecanismo de proteção a esses sujeitos considerados hipervulneráveis. Todavia, com o advento do EPD, a pessoa com deficiência mental foi excluída da lista por ser considerada plenamente capaz. Com isso, geraram-se acalorados debates de juristas e algumas críticas sob o argumento de que o EPD iria aniquilar os direitos das pessoas com deficiência<sup>434</sup> e que nada teria contribuído à proteção delas.<sup>435</sup> Como o EPD é praticamente uma reprodução da CDPD, tais críticas se

---

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

<sup>431</sup> BRASIL. Código Civil– LEI n.º 10.406/2002

<sup>432</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. *Idem. Op. Cit.P. 140.***

<sup>433</sup> BRASIL. Código Civil– LEI n.º 10.406/2002.

<sup>434</sup> KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila – **As aberrações da Lei 13.146/2015.**

<sup>435</sup> SIMÃO, José Fernando - Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. José Fernando SIMÃO à reforma: “Assim indago: qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a

estenderam à Convenção. Contudo, deve-se lembrar que a Convenção traz regras gerais e princípios basilares para que os Estados Partes os sigam. Daí, precede a necessidade de ter uma visão mais objetiva, pois cabe ao Estado Parte, por meio do legislativo, especificar como serão as formas e os meios a garantir o exercício da autonomia privada da pessoa com deficiência.

Para Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, os atos praticados por pessoas com deficiência mental sem o mínimo de discernimento devem ser invalidados, cujo fundamento para a invalidação seria aplicar interpretação construtiva e sistêmica ao caso concreto. Por isso, sugerem como solução a tutela da confiança jurídica evidenciada pela boa-fé objetiva na prática do negócio jurídico, principalmente, quando a deficiência mental é visível, tendo em consideração que “uma pessoa com deficiência [...] merece uma proteção diferenciada com vistas a resguardar a boa-fé objetiva (eticidade nas relações)”<sup>436</sup>.

Quanto à paralisação da prescrição, os mesmos autores evocam a “*teoria contra non valentem agere non currit praescriptio*” (“contra aqueles que não podem agir não fluem os prazos de prescrição”), a qual permite que circunstâncias “paralisantes do lapso temporal baseadas em fortuitos ou em causas que, embora não previstas em lei, obstam o exercício da pretensão do titular.”<sup>437</sup> A premissa dessa teoria é de conteúdo ético, permitindo que o prazo de prescrição e decadência não transcorram contra quem está impedido de agir, mesmo que não haja previsão legal acerca da paralisação dos prazos extintivos, aplicando-a em casos específicos a depender do caso concreto<sup>438</sup>.

Nelson Rosenvald entende que estamos diante do “raciocínio de subversão à hermenêutica axiológica”<sup>439</sup>, porque, para o direito civil constitucional, a autonomia privada, enquanto direito existencial, não pode se submeter às situações patrimoniais, ao contrário, são as situações patrimoniais que devem se submeter às existenciais. Por isso, a legislação que versa sobre a invalidade do negócio jurídico, da prescrição e da decadência deve ser atualizada e adaptada à humanização das novas formas de curatela ou apoio às pessoas com deficiência, porque a segurança jurídica não deve ser interpretada de forma estática e como conservação do

---

realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.”

<sup>436</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson – **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**.

*Idem. Op. Cit. P. 148.*

<sup>437</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>438</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>439</sup> MACHADO, Diego Carvalho – **Capacidade de Agir e Direitos de personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Direito à Privacidade. Idem. Op. Cit. P. 80.**

Estado co-patrimonial, mas sim como direito fundamental defendido pelo direito civil constitucional<sup>440</sup>.

No ordenamento jurídico português, no que concerne a actos praticados diante de uma incapacidade de exercício o negócio será anulável nos termos do art. 154 do CCP, a observar os momentos temporais de quando o acto praticado é posterior ao registo do acompanhamento; quando praticado entre o início da ação e o registo do acompanhamento se demonstrar prejudicial ao acompanhado e, se praticado antes do início do processo<sup>441</sup>.

Nota-se no dispositivo legal que a primeira hipótese não exige prejuízo ao acompanhado, na segunda exige a prejudicialidade, que por sua vez era prevista no art. 149.º antes da alteração da lei. O fundamento para a exigência do requisito da prejudicialidade dá-se em razão da manutenção do equilíbrio nas relações contratuais no mercado negocial, a fim de preservar tanto o acompanhado quanto a contraparte de boa-fé que corria o risco de vê-se prejudiciada diante da possibilidade de anulação do negócio<sup>442</sup>.

Quanto aos actos anteriores a propositura da ação de acompanhamento, aplicar-se-á o regime da incapacidade acidental prevista no art. 257.º, CCP, nos termos do qual “a declaração negocial feita por quem, devido a qualquer causa, se encontrava acidentalmente incapacitado de entender o sentido dela ou não tinha o livre exercício da sua vontade é anulável, desde que o facto seja notório ou conhecido do declaratório”<sup>443</sup>. Para que o acto seja anulado, no momento em que o sujeito que praticou o negócio estivesse incapaz de ter discernimento ou não tivesse entedimento do acontecido, além disso, o estado de incapacidade deveria ser conhecido ou notório a outra parte<sup>444</sup>.

Em relação ao prazo de ação de anulação, conquanto o art. 154.º, n.º 2 ordene que o prazo inicie a partir do registo da sentença, não menciona quais seriam os prazos e quem teria legitimidade para pleitear a anulabilidade. Por isso, tem-se debatido se se aplica as regras de anulação do art. 125.º, n.º 1 ou do artigo 287, n.º 1 do CCP<sup>445</sup>.

Da análise do art. 125.º, Elsa Vaz de Sequeira em relação ao prazo para anulação do negócio conclui pelas seguintes hipóteses: que o acompanhante tem um ano a contar do conhecimento do ato; o acompanhado poderá anular o negócio no ano seguinte ao levantamento

---

<sup>440</sup> MACHADO, Diego Carvalho – **Capacidade de Agir e Direitos de personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Direito à Privacidade.** *Idem. Op. Cit.* P. 80.

<sup>441</sup> PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL

<sup>442</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda - **Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade?** P. 253

<sup>443</sup> PORTUGAL. CÓDIGO CIVIL.

<sup>444</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – *Idem. Op. Cit.* P. 100.

<sup>445</sup> SEQUEIRA, Elsa Vaz – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito.** *Idem. Op. Cit.* P. 205.

do acompanhamento; os herdeiros terão prazo de um ano para arguir a anulabilidade do ato a contar da morte do acompanhado, se o óbito tiver ocorrido na durante o período do acompanhamento ou após seu levantamento<sup>446</sup>. No que tange ao artigo 287.º distingue que neste o acompanhante e o acompanhado têm o prazo de um ano a contar da cessação do vício para anular o negócio jurídico; que os herdeiros têm o prazo de um ano a tempo que o falecido dispusesse para exercer sua posição<sup>447</sup>.

Nesse contexto, Mafalda Miranda Barbosa expõe que após a aprovação da lei n.º 49/2018, o acompanhado é tido como capaz, ainda que o acompanhamento limite sua capacidade de exercício e, excecionalmente, seja privado da capacidade, não é equiparado a um menor, não havendo remissão ao regime da menoridade, com a isso o art. 125.º, em regra, deixa de ser aplicado automaticamente aos maiores, assim, diante da omissão do legislador, aplica-se-á o previsto no artigo 287.º, entretanto, embora o art. 125.º, na sua literalidade, se aplique a menores, aplicar-se-á também, por adaptação, aos atos dos acompanhados<sup>448</sup>.

Quanto a legitimidade para anulação do negócio, além do acompanhado ser, naturalmente, titular do direito de anulação, também tem legitimidade o acompanhante<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> SEQUEIRA, Elsa Vaz – – **Teoria Geral do Direito Civil – Princípios fundamentais e sujeito. *Idem. Op. Cit.*** P. 205.

<sup>447</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>448</sup> *Idem – Ibidem.*

<sup>449</sup> *Idem – Ibidem.*

## CONCLUSÃO

O objetivo da dissertação consistiu em averiguar se a capacidade civil, reconhecida pelo artigo 12.º da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD, protege ou desampara as pessoas com deficiência mental. Além disso, analisar o conteúdo normativo e identificar os efeitos práticos-jurídicos do reconhecimento da capacidade civil das pessoas com deficiência mental referente à titularidade da capacidade de exercício.

No primeiro capítulo, notamos que, embora antes da CDPD existissem previsões a resguardar os direitos das pessoas com deficiência no sistema internacional, não possuíam efeito vinculativo. Essa realidade foi modificada a partir da adesão da CDPD pelos Estados Partes, os quais devem providenciar mecanismos de monitorização de implementação do Tratado.

Brasil e Portugal aderiram à Convenção e criaram leis conforme a exigência da CDPD. Em Portugal, a Lei 49/2018 criou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação previstos no Código Civil e no Código de Processo Civil Português. Da mesma forma, o Brasil promulgou a Lei nº 13.146 (EPD) com a previsão da Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Tais legislações fizeram modificações relevantes, principalmente no que diz respeito ao instituto da interdição, ao conferir a plena capacidade civil à pessoa com deficiência.

No segundo capítulo, percebemos ser inegável o quanto o artigo 12.º da CDPD rompeu paradigmas ao garantir a capacidade civil plena às pessoas com deficiência. Trata-se, de facto, de um grande marco na história, que desde a sua formulação até a sua vigência, gerou debates calorosos sobre o assunto. Ousamos dizer que provocou, e vem obrigando a todos, substancialmente, a repensar de forma diferente sobre autonomia, autodeterminação, vulnerabilidade e paternalismo.

No que diz respeito ao paternalismo, entendemos que, quando evocado, o façamos de forma mitigada, ou seja, em caso de, porventura, o indivíduo não tiver condições de tomar uma decisão por si e também quando for para evitar abusos de direito em relação aos atos praticados pelas pessoas com deficiência mental. Na primeira hipótese, que a pessoa receba apoio para ajudá-la nas tomadas de decisões; na segunda, que o legislador pense em medidas preventivas e repressivas quando houver abuso de direito que desfavoreçam as pessoas com deficiência mental.

Quando uma pessoa com deficiência mental não conseguir se autodeterminar, verificada sua hipervulnerabilidade, sem que lhe seja tolhida sua vontade, poderá receber apoio, o qual

poderá ser pleiteado perante o Poder Judiciário. Eis aí a complexa tarefa dos julgadores: identificar se de facto o indivíduo precisa de apoio e, em caso positivo, quais serão os limites do apoio. Para isso, entendemos que o Estado deva oferecer equipe interdisciplinar formada por médicos de várias especialidades, psicólogos e assistentes sociais a dar suporte ao juiz, de modo que este julgue da melhor forma possível, a fim de preservar os direitos fundamentais da pessoa a ser apoiada. E mais, o suporte deve ser estendido aos familiares, aos apoiadores e aos cuidadores do apoiado.

Por fim, no terceiro capítulo, verificamos acerca das consequências da garantia de igualdade ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência, no que concerne aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais. Afinal, vimos que a CDPD impõe aos Estados o dever de assegurar que nenhuma pessoa com deficiência seja restringida no gozo e no exercício da capacidade legal por causa da sua deficiência.

Apontamos que a Convenção garante os direitos fundamentais constitucionais de acesso à justiça, à liberdade e à segurança da pessoa; à proteção contra a exploração, a violência e o abuso; proteção à integridade pessoal, à participação na vida política, ao direito de constituir família e procriar; a não incidência da prescrição, da decadência e da nulidade dos negócios jurídicos, estes sem alteração pela legislação brasileira.

Considerando o exposto, do ponto de vista jurídico, entendemos que, ao mesmo tempo em que o art. 12.º da CDPD garante direitos fundamentais pelo amplo exercício da capacidade civil das pessoas com deficiência mental, também as ampara ao determinar, no nº 4, que os Estados Partes assegurem salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos. Daí, cabe ao legislador interno fazer cumprir a sua função, qual seja, enquanto representante do povo, de elaborar leis que atendam as necessidades sociais, de forma que tenham eficácia, garantam direitos e evitem abusos.

Outrossim, entendemos que aplaca a sociedade o preconceito estrutural em relação às pessoas com deficiência, a começar pela família, que, em regra, super protege seus membros acometidos de doença ou deficiência mental. Essa situação familiar, aliás, nos reporta ao primórdio do conceito de deficiência, porque alguns são tratados pelos familiares ora como “anjos”, ora como “crianças indefesas”, ora como “coitados que estão cumprindo sua missão na terra”. A questão é, em razão disso, mesmo que a família cuide com zelo e carinho dos indivíduos com deficiência mental, acredita que eles não são capazes de se desenvolverem para executarem simples atividades do cotidiano, como estudar, trabalhar, se candidatar, casar, ter filhos, menos ainda de administrar o próprio patrimônio.

Percebemos que, com as modificações e avanços sociais, os direitos das pessoas com deficiência, gradativamente, foram previstos em outras Convenções, anteriores à CDPD, a qual não criou novos direitos, mas sim os reafirmou. Além disso, conduziu a relevante modificação nas legislações internas dos Estados Partes que a aderiam em seu ordenamento jurídico com o compromisso de efetuar modificações e adaptações oportunas àquelas pessoas.

A Convenção consagra uma série de direitos, com destaque ao direito de igualdade, como a igualdade e não discriminação, a acessibilidade, o acesso à justiça, o exercício político, a constituição familiar e o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência em todos os aspetos da vida. O art. 12.º determina que os Estados Partes devem reconhecer a capacidade jurídica em igualdade e em condições com as demais pessoas em todos os aspetos da vida. Devem ainda providenciar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade jurídica.

Pois bem. Dado o efeito vinculativo da Convenção, o artigo 12.º levou o Brasil e Portugal, a modificarem suas legislações quanto ao regime da incapacidade, antes baseado na substituição por meio da interdição e inabilitação, aplicados a qualquer pessoa considerada incapaz ao exercício de direitos, fosse em decorrência da saúde ou deficiência. Referidos países passaram a adotar as medidas de apoio, elemento essencial, às pessoas com deficiência para o exercício da capacidade jurídica. Afinal, autonomia e autodeterminação são inerentes à dignidade e devem ser protegidas com a preservação da capacidade residual máxima.

A Convenção prevê a necessidade de apoio, porém, não especifica quais seriam os modelos a serem adotados. Entendemos que o sistema de apoio ao exercício da capacidade jurídica deverá ser individualizado e graduado conforme a necessidade, com nomeação de um administrador do patrimônio, seja ele identificado como curador, assistente voluntário ou judicial, procurador, pessoa de apoio ou acompanhante. O apoio deverá ser prestado com base nas características individuais da pessoa, a observar suas preferências e no contexto do caso concreto, de modo que proporcione a autonomia, a autodeterminação e a proteção da pessoa.

Para identificar quando uma pessoa precisa de apoio por não ter condições suficientes ou nenhum discernimento, considerando que o conceito de deficiência não é taxativo, entendemos que o modelo biopsicosocial ou modelo misto da deficiência é o que melhor se aplica. Essa escolha se deu devido ao modelo ser uma forma sistematizada de avaliar uma pessoa em todo o seu contexto social, cultural e biológico, sendo imprescindível que haja diagnóstico médico. Daí, será constatado o nível de discernimento da pessoa, o que irá definir qual o tipo de apoio será aplicado ao caso, se voluntário ou judicial, bem como os limites e o tempo de duração.

Entretanto, não é tão prático quanto parece, principalmente quanto aos limites impostos às medidas de apoio. A funcionalidade não é satisfatória, tendo em vista que é necessário levar em consideração a graduação de discernimento da pessoa com deficiência para que o acompanhante saiba quais serão seus poderes de gestão sobre o patrimônio e, excepcionalmente, sobre o direito extrapatrimonial da pessoa com deficiência.

Eis aí o ponto de discussão: antes da receção da CDPD pelo Brasil e por Portugal, uma pessoa interdita, em razão da deficiência mental ou de alguma patologia, ficava totalmente impedida de exercer qualquer direito, fosse o patrimonial ou extrapatrimonial, em nítida violação a dignidade da pessoa humana.

Isso ocorria, porque a vulnerabilidade, no contexto da deficiência, era vista do mesmo modo para todos, sem considerar a necessidade individual de cada um, colocando todos no mesmo patamar de pessoas necessitadas, recetora passiva de cuidados, sujeitas ao tratamento excessivamente paternalista, mesmo que para protegê-las fosse necessário impedi-las do exercício da capacidade jurídica. Entretanto, a vulnerabilidade é inerente a todas as pessoas, cada uma de forma diferente, em maior ou menor intensidade, a depender do momento em que se vive. Não justifica, apenas com base na deficiência e na vulnerabilidade da pessoa, negar-lhe o direito de autonomia e de autodeterminação. Obviamente, não defendemos a falta de proteção, ao contrário, com as devidas ressalvas, aqueles indivíduos que não possuem nenhum discernimento devem ser protegidos, ainda que de forma substitutiva. Quanto àquelas pessoas em condições de autodetermina-se, o apoio sempre deverá ser limitado, a fim de preservar a capacidade residual máxima, sem nenhuma interferência nos direitos de personalidade e pessoais, como os direitos a cuidados médicos, a casamento, a procriação e aos exercícios políticos.

No que diz respeito à validade / invalidade dos negócios jurídicos e prescrição para pleitear a invalidade, percebemos que Portugal está mais avançado que o Brasil. Isso porque ainda ocorrem debates sobre o início do prazo prescricional, se se aplica o art. 125.º, n.º 1 ou o artigo 287, n.º 1 do CCP. O legislador português teve essa preocupação, enquanto o brasileiro nada dispõe sobre o assunto. Como isso, entendemos que o ordenamento jurídico português está mais preparado, no que diz respeito à autonomia e à proteção das pessoas com deficiência, enquanto o ordenamento brasileiro, por sua vez, é omissivo e não atende por completo a CDPD. Embora tenha conferido às pessoas com deficiência a capacidade jurídica de forma ampla, não traz mecanismos de proteção quanto à invalidade do negócio jurídico e ao prazo prescricional.

Justamente por falta dessas previsões na lei brasileira, fomos levados a pesquisar sobre o assunto. Afinal, fomos ensinados que a limitação e o impedimento ao exercício da capacidade

de agir tinham o objetivo de proteger as pessoas maiores “incapazes”. Contudo, com o advento da CDPD, especialmente o previsto no o art. 12.º, o qual impactou o direito interno dos Estados Partes, começamos a questionar se tal instrumento, ao garantir a capacidade jurídica ampla às pessoas com deficiência mental, estaria de facto a protegê-las, principalmente àquelas sem qualquer discernimento e autodeterminação, sujeitas aos abusos praticados por outras pessoas. Com a pesquisa, notamos que o assunto foi arduamente debatido, e ainda o é, não apenas em razão da previsão legislativa, mas também pela estigmatização paradigmática praticada pela sociedade.

Sem esgotar o assunto, podemos afirmar que a informação e a conscientização são essenciais para a mudança de arquétipos tal qual ocorreu conosco, pois, no caminho percorrido nesta pesquisa, percebemos o quanto temos a evoluir.

## Referências

### Fontes documentais

#### a) Regulamento internacional

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [sl]:  
Jornal oficial das comunidades Europeias, 2000. [Consult. 30 de julho de 2020].  
Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS  
CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, da ONU, Adotada pela Resolução  
39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. [Em linha].  
[Consult. 27 de abril de 2020]. Disponível em [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao\\_onu.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf) acesso em 27/04/2020.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO  
CONTRA AS MULHERES DE 1979. [Em linha]. [sl]: [ONU], [1979]. [Consult. 27 de  
abril de 2020]. Disponível em [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf).

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS DE 1989. [Em linha]. [sl]:  
[UNICEF], [1989]. [Consult. 27 de abril de 2020]. Disponível em  
<https://www.unicef.org/child-rights-convention/what-is-the-convention>.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES  
MIGRANTES E SUAS FAMÍLIAS DE 1990. [Em linha]. [sl]: [ONU], dezembro de  
1990. [Consult.24 de abril de 2020]. Disponível em <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Convenção-Internacional-para-a-Proteção-dos-ireitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Famílias.pdf>.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO DEFICIENTE MENTAL PROCLAMADA PELA  
ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS EM 20 DE DEZEMBRO DE 1971.  
[Em linha]. [sl]: [ONU], dezembro de 1971. [Consult.03 de abril de 2020]. Disponível  
em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex62.htm>.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIENTES. Resolução aprovada pela  
Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. [Em linha]. [ONU]: [sn], 1975.  
[Consult. 03 de abril de 2020]. Disponível em  
[\[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex61.htm\]](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex61.htm).

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. [Em linha]. [s.l]: ONU, 1948  
[Consult. 05 maio de 2020]. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. [Em linha]. [s.l]: ONU, 2006  
[Consult. 19 de nov. 2017]. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, de 23 de março de 1976, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução N.º 2200-A (XXI), 1966. [Em Linha]. [Consult. 15 de nov. 2020]. Disponível em: [http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)

PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. [Em Linha]. [Consult. 15 de nov. 2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)

ONU - **História da Deficiência e as Nações Unidas. Divisão Para Política Social e Desenvolvimento Departamento e Assuntos Econômicos e Sociais Das Nações Unidas.** [Em linha]. Nova Iorque, 2018, p. 5-9. [Consult. 26 abril 2020]. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/about-us/history-of-disability-and-the-united-nations.html>.

ONU - **The United Nations and Disabled Persons - The First Fifty Years.** [Em linha]. [s.l]: ONU, [sd]. [Consult. 26 de abril de 2020]. Disponível em <https://www.un.org/esa/socdev/enable/dis50y90.htm>.

ONU - Base de Dados dos Órgãos do Tratado da ONU acerca do Status de ratificação da CDPD - Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. [s.l]. [sn]: [sd]. [consult. 20 de abril de 2020] Disponível em [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CDPD&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CDPD&Lang=en).

PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO DA ONU CONTRA A TORTURA: Manual de Implementação (edição revisada). [Em linha]. Genebra: [sn], 2010. [Consult. 13 de dez. 2021]. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27987.pdf>. ISBN 978-2-940337-39-2.

RECOMENDAÇÃO DO COMITÉ DOS MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA N.º (2004)10, 22 de Setembro de 2004, relativa à “Protecção dos Direitos Humanos e à Dignidade das Pessoas com Perturbações Mentais”;

RECOMENDAÇÃO DO COMITÉ DOS MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA N.º R (99) 4, de 23 DE Fevereiro de 1999, sobre a protecção jurídica dos incapazes;

REGRAS GERAIS SOBRE A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS. <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegGerIguaOportPesDef.html> acesso em 04/04/2020

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU- P8\_TA(2017)0235 [Em linha]. 2017 [Consult. 20 de maio de 2020]. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-06-01\\_PT.html#title4\\_2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-06-01_PT.html#title4_2).

RESOLUÇÃO – Assembléia Geral 56/168. [Em linha]. [sl]: ONU, 2001. [Consul. 07 de abril de 2020]. Disponível em <https://undocs.org/es/A/RES/56/168>.

SISTEMAS INTERACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. [Em linha]. Portugal: [sn], [sd] [consult. 26 de abril de 2020]. Disponível em [https://midia.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema\\_protecao\\_direitos\\_humanos/index.html#:~:text=Os%20sistemas%20internacionais%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o,humanos%20em%20todo%20o%20mundo](https://midia.mpf.mp.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/index.html#:~:text=Os%20sistemas%20internacionais%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o,humanos%20em%20todo%20o%20mundo).

TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. [Em linha]. [sl]: [sn], dezembro de 2007, p. 47-360. [Consult. 30 de julho de 2020]. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A4301854>

## **b) Legislação do direito interno portugues**

CÓDIGO Civil: Decreto-Lei n.º 47344. **Diário do Governo, Série I**. [Em linha]. N.º 274 (25-11-1966). Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º (04-10-1976) Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

DECRETO-Lei n.º 290/2009. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 197 (10-12-2009), p. 7482 – 7497. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/290-2009-491685>.

DECRETO-Lei n.º 29/2001. **Diário da República, Série I-A**. [Em linha]. (2001-02-03), páginas 587 – 589. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/29-2001-315563>.

DECRETO n.º 7/82. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 21 (26-01-1982), p. 184 – 184. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto/7-1982-600911>.

LEI n.º 14/79. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 112 (16-05-1979), p. 915 – 938. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/14-1979-382590>

LEI n.º 49/2018. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. N.º 156 (14-08-2018), p. 4072 - 4086. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/49-2018-116043536>

LEI n.º 25/2012. **Diário da República, Série I**. [Em linha]. n.º 136/2012 (2012-07-16), Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2012-116052607>.

### c) Legislação do direito interno brasileiro

CONSTITUIÇÃO da República Federativa Do Brasil - 1988. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. (05-10-1988). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=CON&numero=&ano=1988&ato=b79QTWE1EeFpWTb1a>.

CÓDIGO Civil: LEI N.º 10.406. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. (11-01-2002). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>

DECRETO N.º 65.810. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. (08-12-1969). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=65810&ano=1969&ato=81bo3YU5EMjRVTab2>

LEI n.º 13.146. **Diário Oficial da União**. [Em linha]. (07-07-2015). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13146&ano=2015&ato=c4aUTW65UNVpWT495>

LEI n.º 7.853. [Em linha]. (24-10-1989). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/actos/?tipo=LEI&numero=7853&ano=1989&acto=c71QTW61EeFpWT99f>.

LEI n.º 8.213. **Diário Oficial da União**. (24-07-1991). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/actos/?tipo=LEI&numero=8213&ano=1991&acto=9ecETSE9UMFpWT829>.

LEI 12.711. **Diário Oficial da União.** (29-08-2012). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/actos/?tipo=LEI&numero=12711&ano=2012&acto=5dcUTRq1kMVpWT502>

LEI nº 9.394. **Diário Oficial da União.** (20-12-1996). Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/actos/?tipo=LEI&numero=9394&ano=1996&acto=3f5o3Y61UMJpWT25a>.

RESOLUÇÃO Nº 1.931. **Conselho Federal de Medicina.** [Em linha]. (17-09-2009). Disponível em <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/#:~:text=O%20novo%20c%C3%B3digo%20foi%20publicado,13%20de%20abril%20de%202010>.

## **Bibliografia**

ALVES, Raúl Guichard – **Alguns Aspetos do Instituto da Interdição. In: Interdição e Inabilitação.** [Em linha]. Lisboa: CEJ. [Consult. 01 dez. 2021]; Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao\\_inabilitacao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf), p. 41.

APPELBAUM, Paul S. M.D. *Assessment of Patients' Competence to Consent to.* [Em linha]. England. [sn], 2007. [consult. 10 out. 2017]. Disponível em <http://depts.washington.edu/psychres/wordpress/wp-content/uploads/2017/07/100-Papers-in-Clinical-Psychiatry-Psychosomatic-Medicine-Assessment-of-patients%CE%93%C3%87%C3%96-competence-to-consent-to-treatment.pdf>.

ARBEX, Daniela - **O Holocausto Brasileiro: Genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil.** Rio de Janeiro: Instrínica, 2019.

ARISTÓTELES – **A Política.** [sl]. [sn]. [sd]. [consult. 20 agos. 2020]. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf).

ASIS ROIG, Rafael de – *Capacid Jurídicia y discapaciad: propuestas para laadaptacion normativa del ordenamento jurídico espanõl al art. 12 de la Convencion Internacinal sobre Los Derechos de las personas com discapacidad. (Un estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).* Madri.: Inmedia, 2009 421 p.

ASJP – **Parecer: Proposta de Lei que Estabelece o Regime do Maior Acompanhado, em Substituição dos Institutos da Interdição e da Inabilitação.** [Em linha]. [sl]: [sn], 2017. [Consult. 21 de fevereiro de 2022]. Disponível em: <http://www.asjp.pt/2017/05/19/parecer-da-asjp-proposta-de-lei-que-estabelece-o->

regime-do-maior-acompanhamento-em-substituicao-dos-institutos-da-interdicao-e-da-inabitabilidade/.

ASSIS, Machado de - **O Alienista**. [sl]: Ciranda Cultural. 2018. ISBN: 9788538077503.

RAMIRO AVILÉS, Miguel A. - *A Vueltas con El Paternalismo Jurídico*. [Em linha]. *Madri. Derechos Y Libertades*. Número 15, Época II, jun. 2006, p. 211-256. ISSN: 1133-0937.

BARBOSA, Mafalda Miranda – **Fundamentos, O Novo Regime Jurídico do Maior Acompanhado**. [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. P. 63 - 73. [Consult. 02 nov. 2020]. Disponível em <http://www.cej.mj.pt> > recursos > ebooks > civil. ISBN: 978-989-8908-52-0.

\_\_\_\_\_ - Maiores acompanhados: da incapacidade à capacidade? *Revista de Direito Civil*, III/3, 2018, 473.

BARBOZA, Renato - **Sexualidade e reprodução como direitos das pessoas com deficiência intelectual e suas interfaces com as políticas públicas na Educação**. São Luís, v. 17, n. 2, p. 467-477, jul./dez. 2013.

BARIFFI, Francisco José - *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas condiscapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014. ISBN: 978-84-15305-76-7.

BARIFFI, Francisco; PALACIOS Agustina - *La discapacidad como una cuestion de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2007. ISBN 84-89549-74-5; 978-84-935104-5-9.

BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patrícia; RAMIRO, Miguel Ángel. *Capacidad Jurídica Y Discapacidad: El Artículo 12 De La Convención De Derechos De Las Personas Con Discapacidad*. [Em linha]. Madri: *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012)*. P. 53-80. ISSN 1888-3214.

BASTOS, Olga Maria. DESLANDES. Suely Ferreira - **Sexualidade e o adolescente com deficiência mental**. [em linha]. [sl]. [sn]. [sd]. [Consult. 06 nov 2020] Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a17v10n2>.

BIEL PORTERO, Israel - *Los Derechos Humanos de Las Personas Con Discapacidad*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valência. 2011. ISBN 978-84-9004- Pág.326.

BIERNATH, André - **Você precisa conhecer a história de Nise da Silveira**. [Em linha]. [sl]: Abril, 2017. [Consul. 15 de dez. De 2021]. Disponível em

<https://saude.abril.com.br/coluna/tunel-do-tempo/voce-precisa-conhecer-a-historia-de-nise-da-silveira/>

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 19 reimp. Coimbra. Edições Almedina. 2003. 1.522 p. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CARDOSO, Kelly Cardoso; FERREIRA; NASSER, Jussara Suzi Assis Borges - A Análise da (in) Competência de Pessoas com Deficiência Mental e Intelectual para o Exercício de Direitos Existenciais. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais** [em linha] v. 5; n.º 2 (2019). [Consult. 30 out. 2020]. Disponível em [10.26668/IndexLawJournals/2525-9695/2019.v5i2.5775](https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9695/2019.v5i2.5775). e-ISSN: 2525-9695.
- CARVALHO, Ana Sofia de Magalhães e - Análise Crítica Do Futuro Processo Judicial Para “Acompanhamento De Maior”. **A Actas Do Seminário Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência**. Porto: 2018 ISBN 978-989-746-200-9.
- CARVALHO, Erenice Natália Soares de; MACIEL, Diva Maria Moraes de Albuquerque. **Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation-AAMR**. [Em linha].Temas psicol. e]. 2003, vol.11, n.2, p. 147-156. [Consult 30 out. 2020]. Disponível em [pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1413-389X2003000200008](https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1413-389X2003000200008). ISSN 1413-389X.
- CARVALHO, Orlando de. **A Teoria Geral do Direito Civil**. (Coord.) FERNANDES, Francisco Liberal; GUIMARÃES, Maria Raquel; REDINHA, Maria Regina. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CISTERNAS REYES, María Soledad - *Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global*. Anuario de Derechos Humanos. [Em linha]. Chile, [sn]. 2015.[Consult. 19 de dez. 2020].
- CLOUGH, Beverley - *The Spaces of Mental Capacity Law: Moving Beyond Binaries*. [Em linha]. Londres: [sn]. [sd]. [Consult. 31 mar. 2020]. Disponível em <https://www.isrf.org/fellows-projects/beverley-clough/#project70bf-a2a8e981-7907fe29-99a9784e-ec1a5cf8-44df><https://www.isrf.org/fellows-projects/beverley-clough/#project70bf-a2a8e981-7907fe29-99a9784e-ec1a5cf8-44df>.
- CORDEIRO, António Menezes - **Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores**. [Em Linha]. Lisboa. [Consult. Abril de 2020]. Disponível em:

[http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo\\_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf](http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf), p. 16

COSTA, Mariana Fontes da - O Reconhecimento da Proibição do Excesso como Critério Delimitador das Medidas de Acompanhamento das Pessoas com Deficiência. **A Actas Do Seminário Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência**. Porto: [sn], 2018. ISBN 978-989-746-200-9. P. 108.

CUENCA GOMES, Patrícia – *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: art. 12 de la Convencion de la ONU y su impacto en el ordenamento jurídico Español*. Derechos Y Libertades Numero 24, ÉPOCA II. ISSN:1133-0937

DEGENER, Theresia - *Disability in a Human Rights Context*. [Em linha]. [sl]. [sn].[sd]. [Consult. 15 abril 2020] Disponível em <http://www.beingtheboss.co.uk/disability-in-a-human-rights-context-theresia-degener/>.

DIAS, Patrícia Cardoso – **Diretivas Antecipadas de Vontade: Novos Desafios para a Compreensão do Sistema Jurídico pela Consagração do Instituto da Representação Voluntária em Matéria de Direitos de Personalidade**. *Revista Opinião Jurídica*. [Em linha]. N.º 19 (2016), p. 228-252. [Consult. 13 de dezembro de 2021] Disponível em <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/930>.

DÍEZ JALON, Maria Bueyo - *El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad*. [Em Linha] [sl]. [s.d]. [s.n] [consult. 20 abril 2020]. Disponível em <http://discapnet2015.e-presentaciones.net/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion#23>

DINIZ, Débora - **A casa dos mortos**. [Em linha]. [sd], [sn]. [sl]. [Consult. 20 de junho de 2020]. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=noZXWFxdtNI>.

\_\_\_\_\_ - **O que é deficiência**. São Paulo, SP: Coleção Primeiros Passos, 2007. ISBN 97-8851-1001-07-5

DURÁN Y LALAGUNA, Paloma - El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad nel marco de Naciones Unidas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, N° 45, 2003, p. 110. (Exemplar dedicado a: Asuntos sociales). [Em linha]. [consult. 06 abril 2020]. Disponível em [http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudio5.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/45/estudio5.pdf).

DWORKIN, Gerald - *Paternalism*. Stanford: Editora Edward N. Zalta. 2020.

- ESTEVEES, Renata da Gama Lima Perez – **A “Cota de Deficientes” e os problemas enfrentados quase 20 anos de lei em vigor.** [Em linha]. [sd], [sn], [sl]. [Consult em 23 de fev. de 2022 ]. Disponível em <http://www.cesa.org.br/arquivos/cotadedeficientes.pdf>
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson - **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** 14. Ed., ver., ampl. E atualiz. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 856 p. ISBN 978-85-442-0733-8.
- FILHO, Antonio José de Almeida; FORTES, Fabíola Lisboa da Silveira; QUEIRÓS, Paulo Joaquim Pina; PERES; ALMEIDA Maria Angélica de; VIDINHA, Telma Sofia dos Santos; RODRIGUES Manuel Alves - **Trajectoria histórica da reforma psiquiátrica em Portugal e no Brasil.** [Em linha]. - Revista de Enfermagem Referência. Série IV - n.º 4 (jan.-mar. 2015). p. 117-125. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S08740283201500010013&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S08740283201500010013&lng=pt&nrm=iso).
- FINEMAN, Martha Albertson - *Vulnerability and Inevitable Inequality.* . [Em linha]. Oslo Law Review, vol. 4, pp133-149, (13 de dez, de 2017) *Emory Legal Studies Research Paper.* Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3087441>
- FOHRMANN, Ana Paula Barbosa - **Algumas reflexões sobre os direitos humanos e de justiça social para pessoas com deficiência mental ou cognitiva severa ou extrema.** Direitos Fundamentais & Justiça -Ano 7, n.º 22, P. 80-97, JAN./MAR. 2013. P. 93.
- FONTES, Fernando - **Pessoas com Deficiência em Portugal.** Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa: 2016. ISBN 978-989-8838-33-9.
- FOUCAULT, Michel - **A história da loucura: na idade clássica.** [tradução José Teixeira Coelho Neto]. 11.ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.- (Estudos; 61 / dirigida por J. /Guinsburg). 551 p. ISBN 978-85-273-0109-1.
- GOMES, Joaquim Correia - Autonomia e (In)Capacidades: Passado, Presente e Futuro. **A Actas Do Seminário Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência.** Porto: 2018 ISBN 978-989-746-200-9.
- GOMES, Luiz Flávio - **Direito Internacional dos Direitos Humanos – Validade e Operacionalidade do Princípio Pro Homine.** [em linha]. [sl]: [sn], 2008. [Consult. 21 de abril de 2020]. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/44000971\\_Direito\\_internacional\\_dos\\_direitos\\_humanos\\_validade\\_e\\_operacionalidade\\_do\\_principio\\_pro\\_homine](https://www.researchgate.net/publication/44000971_Direito_internacional_dos_direitos_humanos_validade_e_operacionalidade_do_principio_pro_homine).

- GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral**. 14. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 571 p. ISBN 978-85-02-63665-1.
- GONÇALVES, Ferraz - Conceitos e Critérios de Morte. NASCER E CRESCER. **Revista do Hospital de Crianças Maria Pia**. Porto, 2007, vol XVI, n.º 4. P. 246.
- GONZALEZ RAMOS, Alonso karim - *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. México: [sn]. 2010 ISBN: 978-607-7888-58-1. ISBN: 978-607-7888-58-1
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila - **As aberrações da lei 13.146/2015**. [Em linha]. [s.n]. [s.l]. 2015. [Consult. 24 ago. 2015]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/224905/as-aberracoes-da-lei-13146-2015>.
- LEÃO, Anabela Costa - Vulnerabilidade(s), Discriminação e Estereótipos. **Publicação correspondente a actas do seminário Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência**. Porto e FDUP, 17 de Abril de 2018. Artigo em Livro de Atas de Conferência Nacional. [https://sigarra.up.pt/fmup/pt/pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=330145](https://sigarra.up.pt/fmup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=330145). 21 a 38 p.
- LOUREIRO, João Carlos – **Pessoa e Deficiência Mental**. Boletim da Faculdade de Coimbra. BDF 81 (2005), p. 145-187. ISSN 0303-9773.
- MACHADO, Diego Carvalho - **Capacidade de Agir e Direitos de personalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso do Direito à Privacidade**. Revista Brasileira de Direito Civil – Rbdcivil. [Em linha]. V.8 (2016), p. [Consult. 15 nov. 2020]. ISSN 2358-6974. Disponível em [https://ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume8/rbdcivil\\_vol\\_8\\_04\\_capacidade-de-agir-e-direitos-da-personalidade.pdf](https://ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume8/rbdcivil_vol_8_04_capacidade-de-agir-e-direitos-da-personalidade.pdf)
- MACHADO, Rui - Vulnerabilidade e Vida Independente - **Publicação Correspondente A Actas Do Seminário Autonomia e Capacitação: os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência**. Porto: 2018 ISBN 978-989-746-200-9.
- MAGALHÃES, Erika Barreto - **O corpo rebelado: dependência física e autonomia em pessoas com paralisia cerebral** (tese de doutorado). <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/6640>, Editor: <http://www.teses.ufc.br>. Fortaleza, 2010, 322 p.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pensar**. [Em linha] Fortaleza. V. 21, n.º 2, Editor: Pensar - Revista de Ciências Jurídicas (Universidade de Fortaleza - UNIFOR). 2016. P. 568-599. [consult. 07 jun. 2020]. ISSN: 2317-2150. Disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/53654>.

- MIGUEL, Luis Felipe - **Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências**. [Em linha]. E-ISSN 1807-0191.Vol. 21, n.º 3, (2015), p. 601-625. [Consult. 07 jun. 2020] <https://doi.org/10.1590/1807-01912015213601>  
[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762015000300601&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762015000300601&script=sci_abstract&tlng=pt)
- MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado**. 4ª Edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson - **Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN: 9788545001805.
- NEVES, Alexandra Chícharo das - A compatibilização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com a legislação em vigor. [Em linha] **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Lisboa: 2016. [consult. 28 de nov. de 2017]. Disponível [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Direito\\_Deficiencia2016.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Direito_Deficiencia2016.pdf). Ano de publicação – 2017. ISBN ISBN: 978-989-8815-78-1
- NOVAES, Jorge Reis - **A Dignidade da Pessoa Humana**. V. 1: Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra. Almedina. 2016. ISBN \_\_\_\_\_.
- Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- OLIVER, Mike - O modelo social em ação: se eu tivesse um martelo. **Implementando o modelo social de deficiência**. [Em linha]. [sl], [sn], 2014. Consul em 02 de abril. 2020). Disponível em <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-implementing-the-social-model-chapter-2.pdf>
- O'MAHONY, Conor - *There is no such thing as a right to dignity*. 551-574 ONI•CON 0 (2012), 1 – 24 10 (2012), 551–574
- PALACIOS, Agustina - *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madri: Editora Cinca, 2008. ISBN: 978-84-96889-33-0
- PATER, Krzysztof - **O direito efetivo das pessoas com deficiência a votar nas eleições para o Parlamento Europeu Relatório de informação**. [Em linha]. Bélgica: Comité Económico e Social Europeu, 2019, p. 03. [Consult. 30 de julho de 2020]. Disponível [https://www.adcoesao.pt/sites/default/files/noticias/relatoriodeinformacaoese\\_direitope\\_ssoascomdeficienciaavotar.pdf](https://www.adcoesao.pt/sites/default/files/noticias/relatoriodeinformacaoese_direitope_ssoascomdeficienciaavotar.pdf).
- PEREIRA, André Gonçalves Dias - **Direitos dos pacientes e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978.972.32.2309-5.

- PINHEIRO, Jorge Duarte - **As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres incapacidades e suprimento - a visão do jurista.** [Em linha]. Lisboa: CEJ. [Consult. 01 dez. 2019]; Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao\\_inabilitacao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf)
- QUINN, Gerard - **Ideas paper on Legal Capacity.** [Em linha]. [sl].[sd].[sn]. [Consult. 19 de dez. 2020]. Disponível em <https://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/anideaspaperbygerardquinnjune2009.pdf>
- QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia; BRUCE, Anna; BURKE, Christine; CASTELLINO, Joshua; KENNA, Padraic; KILKELLY, Ursula; Quinlivan, Shivaun - **Direitos humanos e deficiência: Uso atual e possibilidades futuras de instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas no contexto da deficiência.** [Em linha]. Nações Unidas, Nova York e Genebra, 2002. [consult. 05 de maio de 2020]. 307 p. ISBN 9211541468
- RIBEIRO, Geraldo Rocha - A Decisão Médica no Âmbito dos Cuidados de Saúde de Incapazes Adultos. **Lex Medicinae Revista Portuguesa de Direito da Saúde** | Volume temático, organizado por André Dias Pereira Ano 14 - n.º 27/28 - Janeiro/Dezembro 2017 ISSN 1646-0359.
- RODRIGUES, Silvio - **Direito Civil. V. 1. Parte Geral.** 32. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 8502035061.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **Cidadania e Deficiência** [Em linha]. Lisboa: Empório do Direito, 2015. [Consult. 26 Fev. 2020]. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/cidadania-e-deficiencia-por-pedro-trovao-dorosario/>. – See more at: <http://direitoeconomia.com/2015/12/ibea-sidc-os-direitos-137-das- pessoas-com-deficiencia-a-reserva-de-mercado-detrabalho/#sthash.yFIsIpFn.dpuf>
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna - **Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento.** [Em linha]. Minas Gerais: [sn], [sd]. [Consult. 19 de dez. 2020]. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/6329>
- SACKS, Oliver - **Um Antropólogo em Marte / Sete histórias paradoxais.** Editora Companhia das Letras. Traduzido por Bernardo Carvalho .2006. ISBN-10 853590896X e ISBN-13 978-8535908961.

- SANDER, Michael J. – **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. – 16ª edição – Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014. ISBN 9788520010303.
- SEQUEIRA, Elza de - **Teoria Geral do Direito Civil: princípios fundamentais e sujeitos**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 202. ISBN 9789725407295.
- SIMÃO, José Fernando - **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. (Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**, [Em linha]. [sn].[sd]. [sl] . [Consult. 24 de ago 2020] <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>
- SOUSA, Felipe Venade - **A interação entre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Portuguesa sob enfoque do princípio *pro homine*** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017 [Consult. 23 de set. 2020]. Disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_DireitoPessoasD2017.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf). ISBN: 978-989-8815-94-1
- TARTUCE, Flávio - Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Primeira parte**. [Em linha]. [sl]. [sn].[sd]. [Consult. 01 de dez. de 2021]. Disponível <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/3>.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado - **Autonomia Existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.
- 
- \_\_\_\_\_ - **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro Renovar, 2010, ISBN 8571477914.
- VÍTOR, Paula Távora - NETO, Luísa. GOMES, Joaquim Correia - **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Comentário**. – coord.[Em linha]. Primeira Edição. Lisboa. 2020. Disponível em <https://cije.up.pt/pt/publicacoes/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentario/> ISBN e-book: 978-972-27-2872-0.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli - **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 2 - p. 237-253 / maio 2012. [Em linha]. [Consult. 02 de novembro de 2017]. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>.