

A Cidadania das Pessoas com Deficiência Psicossocial: a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em Portugal e no Brasil

Citizenship of People with Psychosocial Disabilities: the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Portugal and Brazil

Edimar Fernando Mendonça de Sousa

Como citar esse artigo. SOUSA, E. F. M. A Cidadania das Pessoas com Deficiência Psicossocial: a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em Portugal e no Brasil. *Mosaico - Revista Multidisciplinar de Humanidades*, Vassouras, v. 12, n. 3, p. 09-15, set./dez. 2021.

Nota da Editora. Os artigos publicados na Revista Mosaico são de responsabilidade de seus autores. As informações neles contidas, bem como as opiniões emitidas, não representam pontos de vista da Universidade de Vassouras ou de suas Revistas.

Resumo

A história da civilização revela que a pessoa com deficiência, por vários séculos, enfrentou uma série de preconceitos, discriminações e exclusões para conseguir direitos iguais às das pessoas ditas normais, uma situação que somente nas últimas décadas estão sendo um pouco corrigidos por força de diplomas legais, tanto no Brasil, quanto em Portugal, fruto de acordos internacionais. Este artigo busca discutir o exercício da cidadania pelas pessoas com deficiência psicossocial tendo como parâmetro base os efeitos da norma constitucional para o cumprimento das salvaguardas convencionais previstas na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) em Portugal e no Brasil. Para isso estabeleceu-se como objetivos específicos apresentar as noções gerais acerca do estado e da cidadania; discorrer sobre o cidadão enquanto pessoa com deficiência; discutir os sistemas de garantias legais para estas pessoas; apresentar a força normativa da Constituição e as salvaguardas; além de apresentar a deficiência psicossocial; a legislação brasileira e portuguesa voltada para os deficientes; como se dá a aplicação da curatela e da tomada de decisão; e por fim a ordem jurídica portuguesa, mais especificamente a Lei 48/2018. O método utilizado para elaboração deste relatório foi o indutivo, partindo de particularidades para alcançar um enunciado geral, coligindo normas, doutrina, jurisprudência nacional e portuguesa. Com isso, tornou-se possível confrontar os dados e as informações oriundas da nossa experiência (enquanto magistrado em um dos tribunais do Brasil), especialmente as ações que envolveram a pessoa com deficiência psicossocial em conflito com a lei.

Palavras-chave: Deficiência. Cidadania. Direito Comparado. Direito Constitucional.

Abstract

The history of civilization has shown that disabled people have for a number of centuries been hampered by equal rights to all so-called normal people, and during this time they have been the target of many injustices that have been corrected over time through legal diplomas. In Brazil, as far as Portugal is, the result of international agreements. This article aims to discuss the exercise of citizenship by people with psychosocial disabilities based on the effects of the constitutional norm to comply with the safeguards provided for in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Portugal and Brazil. For this it was established as specific objectives to present the general notions about the state and citizenship; talk about the citizen as a person with a disability; discuss the legal guarantee schemes; present the normative force of the Constitution and the safeguards for these people; besides presenting psychosocial disabilities; Brazilian and Portuguese legislation aimed at the disabled; how to apply the curatella and the decision making; and finally the Portuguese legal order, specifically Law 48 / 2018. The method used to prepare this report was the inductive one, starting from particularities to reach a general statement, gathering national and Portuguese norms, doctrine, jurisprudence. Thus, it became possible to confront the data and information from our experience (as a magistrate in one of the courts of Brazil), especially the actions involving the person with psychosocial disability in conflict with the law.

Keywords: Disability. Citizenship. Comparative Law. Constitutional Right.

Introdução

Este artigo busca entender em que medida as constituições do Brasil e de Portugal garantem à *pessoa com deficiência psicossocial* (PCDP) o exercício da sua condição de *sujeito de direitos* e a plenitude da sua cidadania, tendo como marco fundamental a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD, ONU, 2006). O estudo da matéria nos mostra

que a pessoa com deficiência (PCD) se submete a restrições legais de interdições no âmbito do direito civil ou às medidas de segurança na área penal, sem que a força da norma constitucional se imponha como garantia de direitos fundamentais.

Em sentido contrário, as salvaguardas previstas naquela Convenção encontram convergências com os textos constitucionais do Brasil e Portugal e se alicerçam em políticas estatais, tanto nos sistemas

Afiliação dos autores:

Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Portugal.

* Email de correspondência: e.fernamonds@gmail.com

Recebido em: 30/09/20. Aceito em: 02/06/21.

de justiça quanto naquelas que orientam os sistemas de garantias de direitos, notadamente as políticas de promoção e defesa dos direitos humanos e as políticas sociais básicas. Uma outra hipótese, é a de que a força normativa constitucional é suficiente para salvaguardar o exercício de direitos e de plenitude da cidadania do portador de deficiência psicossocial (DCP)

Noções gerais sobre estado e cidadania

A compreensão jurídica contemporânea para a expressão *Estado Moderno* indica a condição de um país soberano organizado por meio de um corpo político-administrativo, em um território determinado, para exercer o controle e a administração de uma nação (CANOTILHO, 2003). Segundo escólio de Dallari (2015), acerca do aparecimento do Estado, existiam três correntes que teorizavam sobre o assunto, das quais a que melhor corresponde à noção de Estado Moderno tem como teórico o jurista alemão Karl Schimidt, que afirma que Estado nasce com a ideia e a prática da soberania no século XVII. Balladore Pallieri, por sua vez, comenta que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados no ano de 1648, quando foi assinada a paz de Vestfália (DALLARI, 2015).

A configuração seminal do Estado Nacional Moderno estabelecida universalmente apresenta como base a noção de poder, soberania, território e nação. Ataliba Nogueira, mencionado por Dalari (2015), também afirma que o Estado se revela, com todas as suas características, no momento da assinatura daquele tratado de paz, pois anteriormente os poderes estavam representados por “uma pluralidade de autonomias existentes no mundo medieval” (DALLARI, 2015, p.61).

Para o novo constitucionalismo a supremacia da norma constitucional opera a sua força sobre as relações jurídicas na vida das pessoas por meio dos mecanismos judiciários das nações em que essa visão de estado democrático se impôs. Essa noção torna plausível a proteção do princípio da dignidade humana sobre todos os demais, pois a sua relevância se estabelece até contra razões de estado, quando este estiver em conflito com os direitos humanos (DH).

No que tange à cidadania, trata-se de uma expressão nascida do latim (*civitas*), com significado de *cidade*. Na antiguidade, era considerado *cidadão* quem fazia parte da cidade, com o direito de viver sob regras que impunham direitos e obrigações. Na atualidade, esse conceito alcança todos os habitantes de um dado território submetidos às leis de um Estado (DALLARI, 2015).

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis.

É também participar do destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila (PINSKY, 2003, p.9).

No sentido moderno, a cidadania é a condição de sujeito de direito ativo e passivo. Portanto a pessoa, que detém direitos e deveres perante o seu Estado, nas mesmas condições de igualdade dos demais coabitantes de uma mesma unidade estatal, é compelida a se envolver com o outro em obrigações recíprocas e a participar da cidadania ativa no entorno da sua própria vida e da ação governamental de seu país, para o alcance do bem comum (DALLARI, 2015, p.105).

Além dessa cunhagem de tipo jurídico, dois outros termos entraram em voga do ponto de vista sociológico, tais como: pertença e identidade, que podem contribuir para o entendimento de que cidadania não é apenas um direito, mas é também uma conquista a ser consolidada diariamente com a participação na vida pública.

O Cidadão enquanto Pessoa com Deficiência

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), conceitua deficiência como sendo “problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda” (OMS, 2004 p.9). Seguindo essa lógica, Rosário (2015) traz a definição de deficiência dentro da mesma moldagem em que trata as funcionalidades do ser humano, esclarecendo que a deficiência corresponde a um desvio relativo ao que é geralmente aceito como estado biomédico normal (padrão) do corpo e das suas funções. Destaca ainda a importância da CDPD (ONU, 2015) como um instrumento legal de reconhecimento e promoção dos direitos da PD, bem como a proibição de que contra ela incida qualquer forma de discriminação.

O cidadão portador de deficiência é, enquanto cidadão, essência e destinatário dos direitos humanos comuns a todos os cidadãos. No entanto, devemos ter presente a existência de direitos específicos daqueles cidadãos e da necessidade de especial proteção de todos os direitos fundamentais – não só destes específicos como dos comuns – do cidadão portador de deficiência (ROSÁRIO, 2015, S/N).

O artigo 13º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelece que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (PORTUGAL, 1976, p.4), e relaciona os elementos que não podem ser objeto de discriminação. Ressalte-se que, embora nesse dispositivo não contemple a deficiência expressamente, o art.º 16º, nº 1, o art.º 2º, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o art.º 2º, nº 2,

o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e o art.º 2, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (OMS, 1966), asseguram isonomia de direitos fundamentais a todos os cidadãos.

Em suma, tanto no Brasil quanto em Portugal, como anteriormente observado a PCD goza dos mesmos direitos e deveres atribuídos a qualquer um dos seus cidadãos. Nestes dois países, por força da CDPD (ONU, 2006) e seu Protocolo Facultativo (ONU, 2007), a inclusão desse segmento da população deve ser garantido e protegido pelo Estado, não por força de integração à sociedade e adaptação aos seus costumes e valores sociais.

Sob a responsabilidade direta ou indireta da Organização das Nações Unidas (ONU), em parceria com diversas organizações de direito público internacional como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial de Saúde (OMS), foram discutidos e aprovados, em assembleias gerais, tratados, convenções e declarações, contendo diretrizes de políticas públicas para os portadores ou não de deficiência. Esse movimento evolutivo das agências internacionais sobre o tema da deficiência, influenciou as nações onde prevalece o Estado Constitucional para conformar o direito internacional com o interno, trazendo impactos na ordem jurídica do Brasil e de Portugal.

No que tange à ordem jurídica brasileira, vê-se que a Constituição disciplina a atenção e o cuidado com a pessoa portadora de deficiência (Artigos 7º, inciso XXXI), e regulamenta, em seus artigos 23 e 24, a atuação do Estado na garantia dos seus direitos, dando competência comum à União, Estados, Distrito Federal e municípios, além da competência concorrente entre estes para legislar no tocante à proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

A CDPD, e seu Protocolo Facultativo, assinada pelo Brasil, Portugal e diversos outros estados-membros (2007), é um referencial importante (ONU, 2006). Cabe destacar que o seu texto foi aprovado integralmente pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 186/08 e que foi promulgado conforme Decreto Presidencial nº 6949/09. Assim, é também fundamental evidenciar que se trata de um aparato normativo do qual governos e sociedade não podem se furtar, visto que a Emenda Constitucional (EC) nº 45/04, e o artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, colocam a Convenção no mesmo status de emenda constitucional. Tal documento estabelece diretrizes essenciais ao reconhecimento de direitos das PCDs e, desde o artigo 1º, as define como aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Um elemento essencial para definir e afirmar

de modo mais categórico, o sistema de salvaguarda à PCD transparece na CIF (OMS, 2004), que conceitua capacidade como aptidão de um indivíduo para executar uma tarefa ou uma ação, o provável nível de funcionalidade que a pessoa pode atingir, contextual e eventualmente.

Por sua vez, “incapacidade” é entendida como condição, transitória ou permanente, resultante da interação entre a disfunção física ou mental apresentada pelo indivíduo, a limitação de suas atividades, a restrição na participação social e os fatores ambientais que podem atuar como facilitadores ou barreiras para o desempenho dessas atividades e da sua participação (BUCHALLA; FARIAS, 2005). Essa condição, de acordo com a ONU (OMS, 1993), decorre de diferentes limitações funcionais, podendo uma pessoa demonstrar incapacidade em função de uma deficiência de natureza física, intelectual ou sensorial, ou de um estado que requeira alguma intervenção.

A OMS, por meio da CIF, define funcionalidade como um termo genérico envolvendo as funções do corpo, estruturas do corpo, assim como as atividades e participação, indicando os aspectos positivos da interação entre um indivíduo e os fatores ambientais e pessoais. A funcionalidade representa a característica ou condição que envolve os componentes de funções e estruturas do corpo, cognitivas, sensoriais, de comunicação, ação e participação social (BUCHALLA; FARIAS, 2005).

Com o advento da Lei 10.216/2001 e da internalização da Convenção, em 2008, o Brasil implantou o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite, por meio do Decreto nº 7.612/11, que tem como finalidade a promoção, pela integração e articulação de políticas, programas e ações, do exercício pleno e equitativo dos direitos das PCDs, de acordo com CDPD e seu Protocolo Facultativo.

Como forma de cumprir as metas definidas no programa mencionado, o artigo 7º do referido Decreto instituiu o Grupo Interministerial de Articulação e Monitoramento, que visa promover a associação dos órgãos e entidades na sua implementação, para assegurar a execução, monitoramento e avaliação das suas políticas, programas e ações.

Dentre toda a legislação produzida no Brasil, desde a Lei 12.216/2001, a mais importante foi a Lei nº 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - LBI), que também é conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com a entrada em vigor em 02 de Janeiro de 2016, a LBI representou um avanço no âmbito do sistema de garantias de direitos, consubstanciando diversas salvaguardas previstas na CDPD (2006) e determinando necessárias adaptações no sistema público, em vários níveis de políticas públicas, incluindo o conjunto de premissas no âmbito legal.

Em comparação ao legislado no Brasil, o Estado Constitucional Português firma expressamente no

artigo 71º da Constituição de 1976 o reconhecimento e a promoção dos direitos das PCDs. A CRP (Art.13º) estabelece que todos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, como corolário do princípio da igualdade. Essa expressão da Carta Magna iguala todos os cidadãos, portadores ou não de algum tipo de deficiência, declarando que ninguém será privilegiado, beneficiado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual. Para Costa, a deficiência não é expressamente mencionada no texto, contudo o fato da constituição se referir aos “direitos da pessoa com deficiência e, mais ainda, da expressão qualidade de ‘cidadão’ indica o entendimento da inclusão das pessoas com deficiência neste contexto de igualdade” (COSTA, 2019, p.229).

Neves (2011) lembra também que a CRP (art.º 9º, al. “d”) consagra como uma das suas missões fundamentais a “igualdade real” entre os portugueses. Além disso, ela observa que não apenas compete ao Estado garantir a igualdade entre os cidadãos, mas que deve implementar meios para que seja garantida. Trata-se do princípio da igualdade (PORTUGAL 1976).

Rosário (2018) refere-se aos sistemas de proteção supranacional, mencionando as principais normas contidas no ordenamento jurídico português, como a CRP e a Lei 38/2004 que definiu os parâmetros garantidores da participação da PCD na sociedade. Tais normas embasam a política nacional de integração e de reabilitação dos portadores de deficiência. É importante notar que a Lei 38/2004, anterior à CDPD, demarcou os alicerces do estatuto jurídico que assegura prevenção, habilitação, reabilitação e participação da PCD, definindo os objetivos da política, em Portugal (Art. 3º).

A força normativa da constituição e as salvaguardas à pessoa com deficiência

Para Lassale (1933), a base anterior de sustentação do universo jurídico do *Estado Moderno* não estava na Constituição, vista à época como uma “folha de papel em branco”, por ser meramente declaratória-discursiva, além de condicionada. O futuro, todavia, indicava que o modelo apropriado para conter “fatores reais de poder” residia em alguns elementos importantes. De acordo com Hess (2019), o principal elemento finca a ideia de que a Constituição tem um poder intrínseco capaz de dar coerção, ou seja, força normativa ao preceito constitucional, possuindo uma vontade própria.

A partir desse comando superior, tornou-se possível um novo modo de interpretação constitucional, mediante a ponderação de valores e princípios

sobrepondo-se às regras jurídicas (BARROSO, 2006). Toda essa engenharia jurídica não haveria sem a necessidade das bases de proteção dos direitos fundamentais e, principalmente, do seu valor-princípio de maior relevância que é o da dignidade da pessoa humana, o qual se constitui no núcleo essencial justificador da existência do Estado Constitucional, com eficácia para assegurar estatais ações positivas (NEVES, 2011).

A Alemanha, que provocou a 2ª Guerra Mundial e desta saiu traumatizada, foi também a principal fonte de inspiração para a conformação de um novo arcabouço constitucional fundado na força normativa intrinsecamente vinculada à Constituição, formatada de tal modo que o poder político pudesse estar limitado ou mesmo contido aos seus limites. Essa nova concepção estatal e de convivência em sociedade, fundada em uma Constituição idealizada para ter força normativa capaz de evitar tragédias contra a dignidade humana, como as ocorridas na Alemanha Nazista, possui obviamente elementos característicos que Rosário, ao citar Michelman, explicita:

- 1) a imposição da supremacia de uma norma (a constitucional) a toda a atuação – a legalidade constitucional;
- 2) a “fundamentalização” de direitos humanos protegido pela norma superior;
- 3) a “laicização” do Estado; e
- 4) a soberania popular como origem do poder político (com “separação de poderes”) (ROSÁRIO, 2018, p.19-34).

A CRP (PORTUGAL 1976) harmoniza os DH com os tratados (Art. 16º), as convenções e demais leis de Direito Internacional. No momento em que o legislador português constitucionaliza a DUDH e proclama no Art.1º da Lei Fundamental de um país soberano, baseado na dignidade da pessoa humana visando uma sociedade justa, livre e solidária, não deixa nenhuma dúvida acerca da ordem-promessa de respeito aos DHs.

Apesar de não referenciar a DUDH, a Constituição brasileira proclama, no Art. 1º, que a dignidade da pessoa humana é o pilar da existência do Estado, o que, em decorrência, atrai toda a doutrina teórica contemporânea dos direitos fundamentais. Os artigos 1.º, tanto da CRP (PORTUGAL 1976) quanto da Carta Magna do Brasil (BRASIL 1988), insculpiram como a base do Estado Democrático de Direitos, direitos fundamentais do ser humano e a sua dignidade.

O Estado abandona uma posição neutral para atuar ao nível econômico, social e cultural, cabendo-lhe fornecer a todas as pessoas os meios de atuação que permitam iguais oportunidades. Consequentemente, mais importante do que o mero reconhecimento formal de direitos, surge o dever de o Estado promover benefícios sociais e econômicos e legislar desiguando para, ao final, promover a igualdade material (NEVES, 2011, p.141).

Fixada essa atuação estatal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto elemento contributivo de nivelamento de situações de desigualdades, os seus órgãos e poderes têm o dever de garantir prestações às PCDs. Nessa linha de raciocínio, Neves (2011) indica a lição de Queiroz, expressando o sentido de que existe um premissa antropológica do Estado Constitucional que é o princípio da dignidade humana e que, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais, o Estado poderá ser chamado para desenvolver e aperfeiçoar a ordem jurídico-constitucional, tanto por impulso do legislador político democrático quanto pelo poder judicial. Algumas decisões judiciais, no Brasil (Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357/16 e a ADI 3330/DF/12) e em Portugal (TRP de 07/03/1996) revelam a forte tendência de potencialização dos DH sobre os ordenamentos legais dos países signatários dos pactos, tratados e convenções do direito internacional.

Da deficiência mental à Deficiência Psicossocial

No Brasil, a evolução terminológica para designar a PCD iniciou com o termo *deficiente mental*, incorporado na Constituição 1967 pela EC nº 1/1969, contudo mudou para *pessoa portadora de deficiência* na Constituição de 1988 e, após a CDPD (ONU, 2006), essa terminologia foi alterada, como se vê no nome que leva a Lei nº 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI). Discorrendo sobre o processo de construção da CDPD, Costa (2013) afirma que as definições fora uma das mais complexas questões, especialmente o termo *deficiência psicossocial* em razão das solicitações apresentadas pelas representações dos movimentos sociais. Apesar dessa controvérsia conceitual, havia similaridades entre os conceitos transtorno mental e a deficiência psicossocial (DP), de acordo com o proposto pela CDPD (2006).

O sistema de salvaguardas internacional, com certeza, contribuiu com os deficientes psicossociais na afirmação da sua autodeterminação e autonomia, quando sistematizou a CIF, assegurando a essas pessoas um cenário favorável para a sua inclusão, sobretudo, nos serviços sanitários, educacionais e na inserção no mercado de trabalho, que ampliam seus espaços de desenvolvimento biopsicossocial. Figueiredo (2017) ressalta a importância da CIF ter considerado a DP como fenômeno relacional que vai além do modelo adotado até então, o biomédico, o que impedia essas pessoas de alcançar uma reabilitação plena, levando em consideração os seus direitos constitucionais, além das oportunidades que lhes eram negadas.

Em reforço a essa assertiva, Silva (2015) aduz que as pessoas com transtorno mental seriam pessoas

sem habilidades, em virtude de que, em relação aos diagnósticos de sofrimento psíquico, em variadas vezes, somava-se outras questões, como a estigmatização, as barreiras aos serviços e a outros direitos e fatores limitantes significativos, com menos relevância, o transtorno diagnosticado. Evidente que tais leituras implicam todo o debate acerca dos direitos da pessoa com deficiência criminalizada, como em relação às situações específicas e seu transtorno por causa de contínuos ciclos de desassistência e internação, e que a elas não são garantidas as salvaguardas prevista no texto da ONU, para obrigar o Estado a dar-lhes prioridade, com a adequação das suas diretrizes, políticas e práticas nos sistemas de saúde e de justiça.

Por óbvio, o Estado Democrático, na medida em que mantém no seu ordenamento infra-constitucional normas e regras supressoras da autodeterminação e autonomia da pessoa com DP, distancia-se da proteção dos direitos fundamentais. Em contraponto a essa supressão da capacidade civil o universo jurídico português proclama que são constitucionais o direito ao reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana com deficiência (art.º1º), o princípio da igualdade (art.º13º), o direito ao desenvolvimento da personalidade (art.º26º) e o direito à autodeterminação (art.º26º).

Neves (2011) reforça que não vê justificação nas vantagens que decorrem da sujeição da pessoa com capacidade limitada ao regime de interdição, compreendendo que tal regime não resguarda a dignidade da pessoa humana, além de estabelecer diferença de tratamento acerca da capacidade de discernimento da PCD. Além disso, afirma que não pode haver outra conclusão a não ser a inconstitucionalidade das limitações na capacidade de gozo e de exercício de direitos, pois qualquer que seja essa limitação ou interdição anulam o seu direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à auto determinação e à autonomia na orientação da vida.

Verifica-se ainda nas disposições da Resolução do Parlamento Europeu (2009) os mesmos pilares ideológicos no sentido de garantir autonomia e autodeterminação da PCD na administração do seu próprio destino e na sua vida comunitária, bem como na CDFUE (art.º7º Lei 38/04), que reitera “o princípio da autonomia, como direito de decisão pessoal na definição e condução da vida” (NEVES, 2011, p.169).

Alterações legislativas: cdpd e o estado constitucional

Atentos às suas obrigações de direito internacional, relacionadas com a CDPD e o seu respectivo Protocolo, o Brasil, em 2015, e, Portugal, em 2018, editaram as Leis nº 13.146/2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência

ou Lei Brasileira de Inclusão) e nº 48/2018 (Lei do Maior Acompanhado), respectivamente. Em tese os dois países buscaram alterar o seu regime de capacidade civil abolindo a incapacidade jurídica dos maiores de idade, que passaram a condição de relativamente incapazes ou capazes. De acordo com o artigo 4º do Código Civil Brasileiro, modificado pela LBI, somente os menores de 16 anos podem ser considerados absolutamente incapazes, especificando os que serão, então, tidos por relativamente incapazes.

Aplicação dos institutos limitantes da capacidade civil

No Brasil o legislador brasileiro manteve o instituto da curatela como uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (art.84, §3º), produzindo efeitos apenas em alguns casos, como em relação aos atos de natureza patrimonial e negocial, sem atingir o direito ao próprio corpo, entre outros, ao trabalho e ao voto (art.85), devendo, no caso de urgência, a nomeação de um curador provisório recair de preferência sobre alguém com vínculo de natureza familiar ou comunitária (FREITAS, 2017). Ao que nos parece, o legislador tentou conciliar a absoluta incapacidade de expressão de vontade do deficiente com a preservação do núcleo mínimo essencial dos direitos de personalidade da PCD, ou seja, da sua própria dignidade, mas não logrou êxito.

Em relação à pessoa capaz de exprimir a sua vontade, a Lei de Inclusão criou o instituto da tomada de decisão apoiada, uma ação judicial em que a PD capaz de exprimir a sua vontade elege pelo menos duas pessoas para lhe ajudar na tomada de decisão sobre atos da sua vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações indispensáveis para o auxílio da sua capacidade jurídica (Art. 1.783-A).

O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2015), critica a manutenção de institutos que substituem a vontade da PCD. Esse documento aponta que a Lei nº 13.146 (BRASIL, 2015) não cumpriu todas as obrigações porque prevê a tomada substitutiva de decisão em algumas circunstâncias, em oposição ao Art.12 da Convenção, explicitado no Comentário Geral nº.1 do Comitê (2014), recomendando a Comissão da ONU que o Brasil adote medidas em conformidade com a Convenção.

Em Portugal, a Lei nº 49/18 instituiu de pronto um regime de tomada de decisão apoiada para a PCD, sendo mencionado no relatório da Comissão de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência da ONU (2016), que também recomendou a revogação dos regimes existentes de tutela, os quais eliminam ou limitam a

capacidade jurídica da pessoa, para que criem sistemas de apoio à tomada de decisão que promovam o exercício efetivo dos direitos das PCDs, conforme Art. 12º da Convenção.

Com a alteração na Lei nº 49, extingue-se o papel do tutor e do curador, entrando em vigor o acompanhante, mais de 1 se for o caso. O pedido de acompanhamento será feito pelo próprio maior, pelo seu cônjuge (ou parceiro na união de facto) (Art.141); contudo, a decisão (Art.140) de quem será o acompanhante do maior compete ao juízo. Caberá ao juízo a decisão da cessação e/ou da modificação dos termos do acompanhamento (Art.149). Apesar dessa flexibilidade emancipatória, o Regime do Maior Acompanhado ainda admite que, em algumas circunstâncias, o juízo tem o poder de suprimir os desejos da PCD acompanhada. Nota-se que, tanto pela forma (ação judicial), quanto pelo conteúdo (a possibilidade de subtração da capacidade civil), o legislador rompeu com a lógica da CDPD.

A Comissão sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (2016) aprovou na sua 251ª sessão, as Observações Finais sobre a aplicação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em Portugal. Manifestou também a sua preocupação com o número de pessoas ainda sob o regime de tutela, recomendando a revisão legislativa para adotar as medidas indicadas na Observação Geral N.º1 (2014) sobre o reconhecimento de direitos iguais perante a lei, além da revogação dos regimes de tomada de decisão substituta, para atender ao Art. 12.º da Convenção.

Conclusões

Conclui-se que Constituições do Brasil e de Portugal consignam valores, princípios e normas que contemplam as salvaguardas de reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais da PD em todas as suas dimensões contidas na Convenção Sobre a Pessoa com Deficiência. Embora a ordem constitucional dos países agasalhem as salvaguardas convencionais, a pesquisa revela que as legislações possuem regras que subtraem da PCD a condição de sujeito de direito, o que acontece quando se efetuam as interdições por incapacidade para atos da vida civil, através de decisões judiciais de caráter civil ou internações manicomial decorrentes medidas de segurança nas ações penais. Tais regras de natureza judicial, que resultam em tomada de decisão substituta, implicando em nomeação de curador, são incompatíveis com os direitos humanos, mormente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A tomada de decisão apoiada na Leis nº 13.146/2015 (Brasil) e nº 48/2018 (Portugal) não substituíram completamente a curatela por um modelo que criasse mecanismos para permitir o exercício pleno da autodeterminação e da autonomia de todos, em

igualdade de condições, com ou sem deficiência.

No Brasil coexiste com a tomada de decisão apoiada o instituto da curatela, enquanto que em Portugal coexiste com aquele instituto o suprimento inominado judicial para determinados atos, em contrariedade ao disposto no artigo 12 da Convenção de Nova York, que assegura plena capacidade civil ao portador de deficiência. Esses pontos em desacordo com o direito internacional e das constituições nacionais, portanto, demonstra uma clara violação aos direitos fundamentais que servem de pilar ao constitucionalismo contemporâneo e também uma afronta às bases legais que sustentam o Estado Constitucional.

Referências

- ABARROSO, L.R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6a. Edição. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.
- BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24/10/1989**. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20/12/1999**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BRASIL. **Lei 10.216, de 6/04/2001**. Brasília: Senado Federal, 2001.
- BRASIL. **Decreto nº. 7.612, de 17/11/2011**. Brasília: Planalto, 2001b.
- BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Parecer Sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia Psiquiátrico Sob a Perspectiva da Lei Nº 10.216/2001**. Brasília: MPF, 2001.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2002.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004**. Brasília: Planalto, 2004.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008**. Brasília: Planalto, 2008.
- BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25/08/2009**. Brasília: Planalto, 2009.
- BRASIL. SDH/PR. Secretaria De Direitos Humanos Da Presidência Da República. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília: SDH/PR, 2011.
- BRASIL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Parecer Sobre Medidas de Segurança e Hospitais de Custódia Psiquiátrico Sob A Perspectiva Da Lei Nº 10.216/2001**. Brasília: MPF, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015**. Brasília: Planalto, 2015.
- BRASIL. **Lei 13.105 de 13 de março de 2015**. Brasília: Planalto, 2015b.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica no Brasil**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_4.asp. Acesso em abril 2019.
- BUCHALLA, C. M.; FARIAS, N. **A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde**: Conceitos, Usos e Perspectivas. Revista Brasileira de Epidemiologia, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Estado Constitucional. In **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7a. Edição – Reimp. - Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- COSTA, A. M. M. **O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa com Deficiência**: Uma Questão de Justiça. Inclusive. Inclusão e Cidadania, 2013
- COSTA, C.S. **Portador de deficiência? Deficiente? Pessoa com Deficiência? Cidadão**. In: Aspectos Polêmicos do Direito Constitucional Luso-Brasileiro. 1a. Edição – Lisboa: Legit Edições, 2019.
- DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32a. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- FIGUEIREDO, R. Q. **Sobre políticas de salvaguardas sociais em interfaces com o sistema de justiça criminal**: interpretando diretrizes para cuidados em saúde de pessoas que vivem e convivem em unidades de custódia. [Tese de Doutorado em Psicologia]. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017.
- FREITAS, S. G. **Mecanismo de Suporte Ítalo-Germânico-Luso-Brasileiro**. À luz da Convenção das Pessoas com Deficiências. [Dissertação de Mestrado] Lisboa: UAL, 2017.
- HESS, K. **A Força Normativa da Constituição**. USP: São Paulo, 2019.
- LASSALE, F. **Quê é uma Constituição?** eBookLibris. Edições e Publicações Brasil. São Paulo, 1993.
- LOPES PEREIRA, M. J. M. **Cidadania e Deficiência**. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, 2016.
- NEVES, A. C. **O Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis”**: O longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência. [Tese de Doutorado em Direito]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2011.
- OMS. Organização Mundial da Saúde. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)**. Lisboa, Direção Geral da Saúde, 2004.
- OMS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)**. Adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em 20 mai 2015.
- OMS. **Normas para Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência n.º 48/96** - 20 de Dezembro de 1993 adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 48/96, de 20 de Dezembro de 1993.
- OMS. **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006)**. Aprovado pelas Nações Unidas em 13/12/2006.
- ONU. Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Observações finais sobre o relatório inicial do Brasil. 4 de setembro de 2015.
- OMS. **Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Observações finais sobre o relatório inicial de Portugal. 11 de abril de 2016.
- PINSKY, J. **História da Cidadania**. Introdução. Organização: Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky. São Paulo: Editora Contexto, Vários Autores, 2003.
- ROSÁRIO, P. T. **Cidadania e Deficiência**. Site do Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/cidadania-e-deficiencia>. Acesso em abril 2019.
- ROSÁRIO, P. T. **Constitucionalismos e Democracias um Paradoxo?** In Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade. Porto: Editorial Juruá, 2018.
- SILVA, A.A. **Das vidas que não (se) contam**: dispositivos de desinstitucionalização da medida de segurança no Pará. [Tese de Doutorado em Psicologia Social]. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.