



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAIBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS

**GARANTIA DO CASAMENTO ÀS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN
NO BRASIL À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS
COM DEFICIÊNCIA DA ONU**

ANTONIO ALBUQUERQUE TOSCANO FILHO

JOÃO PESSOA/PB

2017

ANTONIO ALBUQUERQUE TOSCANO FILHO

**GARANTIA DO CASAMENTO ÀS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN NO
BRASIL À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA DA ONU**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Luísa Celino Coutinho.

JOÃO PESSOA/PB

2017

T713g Toscano Filho, Antonio Albuquerque.
 Garantia do casamento às pessoas com Síndrome de
 Down no Brasil, à luz da convenção sobre os direitos das
 pessoas com deficiência da ONU / Antonio Albuquerque
 Toscano Filho. - João Pessoa, 2017.
 131 f.

 Orientadora: Ana Luisa Celino Coutinho.
 Dissertação (Mestrado) - UFPB/ CCJ

 1. Direitos Humanos. 2. Síndrome de Down. 3. Deficiência
 Intelectual – direitos. I. Título.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

ANTONIO ALBUQUERQUE TOSCANO FILHO

**GARANTIA DO CASAMENTO ÀS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN NO
BRASIL À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA DA ONU**

Aprovado em: 28 de Março de 2017

BANCA EXAMINADORA

Ana Luísa Celino Coutinho

Profª Drª Ana Luísa Celino Coutinho

Orientadora – UFPB/PPGCJ

Armando Albuquerque de Oliveira
Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

Examinador interno- UFPB/PPGCJ

Glauber Salomão Leite

Prof. Dr. Glauber Salomão Leite

Examinador externo- UNIPÊ/PPGD

JOÃO PESSOA/PB

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos protagonistas da minha pesquisa, mulheres e homens com Síndrome de Down, os quais me inspiraram a buscar através das ciências humanas a construção de um mundo onde a equidade social seja uma realidade consolidada.

Coincidentemente, na semana em que finalizo minha pesquisa, me reúno a milhões de pessoas em todo o mundo, e em especial na cidade de João Pessoa com a Associação AME DOWN e o Instituto Primeiro Olhar, para comemorar no dia 21 de março o Dia Internacional da Síndrome de Down, data que já faz parte do calendário oficial de 193 países membros das Nações Unidas.

Na minha trajetória de vida tive gratas experiências envolvendo pessoas com Síndrome de Down, as quais enriqueceram meu viver através de uma forma diferente de vivenciar o mundo, oportunidade em que pude fortalecer a ideia do valor incondicional e imensurável de todo e qualquer ser humano.

São a vocês, mulheres e homens com Síndrome de Down, que dedico minha pesquisa acadêmica, assentada na inclusão social, proteção e defesa dos direitos humanos de vocês, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária, despida da ignorância e do preconceito

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, o autor e consumidor da minha vida, Pai do nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo, por ter permitido que este trabalho se realizasse e fornecido as condições para a consecução desta pesquisa. É para honra e glória do Senhor!

Aos meus pais, Antonio e Rodenice Toscano de Brito, através dos quais aprendi o significado da palavra amar, que sempre me amaram e apoiaram de forma incondicionais, me proporcionando oportunidades valiosíssimas de educação que me permitiram caminhar até aqui. Amarei e honrarei por toda minha vida.

Aos meus irmãos Galdino e Kaline, irmãos de sangue e de fé, por fazerem parte da minha vida desde o dia em que nasci, e pelo apoio e incentivo nos momentos mais importantes da minha história.

À minha sobrinha Ana Luiza, por ter sido instrumento de Deus nesta reta final, trazendo paz e alegria nas minhas manhãs de sábado, e a minha irmã Vaneska, amiga e companheira de todas as horas, sempre apoiando e incentivando.

À minha Avó, Eunice, por ter me carregado no colo desde tenra idade, por todo amor e dedicação ao longo de anos, exemplo de simplicidade e força.

À Ivna Soares, meu amor, agradeço por ter te conhecido em um momento importante da minha vida, trazendo carinho e afeto, fazendo os meus dias mais felizes, indispensáveis para a realização deste trabalho.

À minha orientadora, Ana Luísa Celino Coutinho, agradeço a grandeza de sua sapiência, a qual abriu barreiras e me forneceu um norte para que eu pudesse trilhar os caminhos desta pesquisa. Obrigado por sua parceria e dedicação que viabilizaram a realização deste trabalho. Sua conduta como profissional me ensinou sobre a arte de uma docência humana, sensível e voltada ao próximo.

Aos Professores Glauber Salomão Leite e Armando Albuquerque de Oliveira pela disponibilidade para participarem da banca de qualificação e defesa e por todas as valiosíssimas contribuições que trouxeram a esta pesquisa. O trabalho foi bastante enriquecido com as vossas participações. Muito obrigado!

À minha tia Adriana e a toda sua família, agradeço porque vocês são amor e apoio constantes em todos os momentos da minha vida, sobretudo os mais difíceis. Os nossos laços de amor foram verdadeiramente tecidos por Deus. A vocês serei eternamente grato.

A Rossano e Tia Leyla, agradeço por serem extensão da minha família, por terem me recebido como filho e por compartilharem comigo tantos momentos especiais, alegrias e também tristezas.

Agradeço aos amigos Luís Carlos, Bruno Bastos, Gustavo Rabay, Rômulo Palitot, Thiago Cirillo e Arthur Souto, por dividirem comigo as alegrias e angústias deste percurso, fornecendo apoio fundamental na conclusão desta etapa.

A todos os meus demais amigos, aqueles que escolheram gratuitamente me amar, e que de forma direta ou indireta contribuíram para a realização deste trabalho, muito obrigado!

Agradeço por fim a todas as pessoas com Síndrome de Down, e a todos e todas que fazem parte de Associações, grupos, Confederações entre tantas outras Instituições que trabalham diuturnamente para promover a dignidade das pessoas com deficiência.

*Se você deixa de ver a pessoa, vendo apenas a deficiência quem é o cego?
Se você deixa de ouvir o grito do seu irmão para a justiça, quem é o surdo?
Se você não pode comunicar-se com sua irmã e a separa, quem é o mudo?
Se sua mente não permite que seu coração alcance seu vizinho, quem é o deficiente mental?
Se você não se levanta para defender os direitos de todos, quem é o aleijado?
A atitude para com as pessoas deficientes pode ser nossa maior deficiência...*
(Autor desconhecido)

RESUMO

O presente estudo, de natureza aplicada, método qualitativo e enfoque dedutivo e sistemático, se vale de levantamento bibliográfico e documental e de análise de conteúdo a fim de discutir o direito fundamental de a pessoa com Síndrome de Down constituir entidade familiar através do casamento, tendo como instrumento de sua efetivação o Relativismo Cultural, além de esclarecer quais os fatores sócio-jurídicos que as impedem de realizar o afeto e a felicidade por meio do casamento e formação de entidade familiar. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência consagra direitos inerentes ao casamento e à constituição de família. Por isso, ante a necessidade de realização das normas de direitos humanos quanto à pessoa com Síndrome de Down em todos os aspectos relativos a casamento, família, e relacionamentos socioafetivos, em igualdade de condições com as demais pessoas, buscou-se verificar se o Estado Brasileiro vem adotando disposições de direito interno e medidas efetivas de qualquer natureza que assegurem o exercício dos direitos e liberdades constantes na citada Convenção. A história é prova do longo tempo que as experiências de exclusão marcam a vida do grupo social constituído pelas pessoas com deficiência intelectual, o qual permanece em uma situação de desvantagem social intensa. O argumento central deste estudo é o de que a afirmação de direitos historicamente conspurcados não é suficiente para sua efetivação. Busca-se, por conseguinte, evidenciar a visão abstrata e meramente formal da universalidade dos direitos humanos e o descaso e desrespeito por parte do Estado brasileiro e demais motivos determinantes para a inefetividade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com vistas ao combate à discriminação e promover à efetivação do pleno exercício da cidadania das pessoas com Síndrome de Down, para que possam se casar e estabelecerem família.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Síndrome de Down; Casamento; Relativismo Cultural; Universalismo; Efetividade Normativa.

ABSTRACT

This applied work study, assessed by a qualitative method and a deductive approach, uses a documental and bibliographical survey and a content analysis to discuss the fundamental right of people with Down Syndrome to constitute a family entity through marriage, having the Cultural Relativism as its instrument of strengthening, in addition to clarifying the social and legal factors that prevent them from performing the affection and happiness through marriage and creation of family entity. The Convention of the Rights of Persons with Disabilities establishes rights inherent in marriage and the formation of a family. Therefore, in view of the need to realize the human rights norms regarding people with Down Syndrome in all aspects related to marriage, family, and socio-affective relationships, on an equal basis with other people, we sought to verify if the Brazilian State Has adopted provisions of domestic law and effective measures of any nature that ensure the exercise of the rights and freedoms contained in the said Convention. History is proof of the long time that the experiences of exclusion mark the life of the social group constituted by people with intellectual disability, who remains in a situation of intense social disadvantage. The central argument of this study is that the assertion of historically defiled rights is not sufficient for its effectiveness. It aims to display the merely formal and abstract vision of the universality of the Human Rights and the lack of respect and disregard by the Brazilian State and other determining reasons for the Convention of the Rights of Persons with Disabilities ineffectiveness, in order to fight discrimination and to promote the full achievement of the exercise of citizenship by people with people with Down Syndrome, so that they can marry and establish family.

Key Words: Human Rights; Down Syndrome; Marriage; Cultural Relativism; Universalism; Legal Effectiveness.

LISTA DE SIGLAS

- AAIDD - Associação Americana em Deficiência Intelectual e do Desenvolvimento
- ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- CDPD - Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
- CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade
- CORDE - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
- DDDM - Declaração de Direitos do Deficiente Mental
- DDPD - Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes
- DMDI - Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos
- EC – Emenda Constitucional
- FBASD - Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down
- IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- LBI - Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência
- MAIS – Movimento de Ação e Inovação Social
- MCI - Marco Civil da Internet
- NHS - National Health Services
- OIT - Organização Internacional do Trabalho
- OMS – Organização Mundial de Saúde
- ONU – Organização das Nações Unidas
- OPAS - Organização Pan-Americana da Saúde
- PCD - pessoa com deficiência
- QI – Quociente de Inteligência
- STF - Supremo Tribunal Federal
- TIC - Tecnologias da Informação e Comunicação
- TIDH - Tratados Internacionais de Direitos Humanos
- WHO - World Health Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DEFICIÊNCIA: ESTUDO CONCEITUAL	16
2.1 DEFICIÊNCIA INTELECTUAL COMO ESPÉCIE DA DEFICIÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO.....	18
2.1.1 Síndrome de Down: causas, consequências comportamentais e contrapartida social.....	19
2.1.2 O estigma social no surgimento da enfermidade mental.	25
2.1.3 Contraste objetivo entre deficiência intelectual e enfermidade mental.	27
2.2 PERSPECTIVAS DAS ESFERAS IMPACTADAS PELA DEFICIÊNCIA INTELECTUAL.....	29
2.3 REFLEXÕES SOBRE OS MODELOS BIOMÉDICO, SOCIAL E BIOPSISSOCIAL DA DEFICIÊNCIA	31
2.3.1 Modelo biomédico: o corpo como um destino à exclusão.	32
2.3.2 Modelo social: a deficiência como resultado da opressão ao corpo com impedimentos.	34
2.3.3 A Substituição gradativa do modelo biomédico pelo modelo biopsicossocial da deficiência.	37
3 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	40
3.1 BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA	40
3.2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.	45
3.2.1 Declaração dos Direitos do Deficiente Mental de 1971.	47
3.2.2 Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975.	48
3.2.3 Convenção 159/83 da OIT.....	49
3.2.4 Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual de 2004	50
3.2.5 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006	52
3.3 A TUTELA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: REFLEXOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.	57
3.3.1 Constituição Federal de 1988 e a tutela da pessoa com deficiência	60
3.3.2 Lei nº 7.553 de 1989: um microssistema destinado à tutela da pessoa com deficiência.	62
3.3.3 Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000: O atendimento prioritário e garantia de acessibilidade	63

3.3.4 Lei nº 10.436 de 2002: Fomento ao uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras	65
3.3.5 Lei nº Lei nº 12.965 de 2014: A internet como instrumento à inclusão social e cidadania	66
3.3.6 Lei nº 13.146 de 2015: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a busca pela inclusão e cidadania	67
4 DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E CASAMENTO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....	70
4.1 O DIREITO HUMANO DE ESTABELECEER FAMÍLIA ATRAVÉS DO CASAMENTO.	71
4.1.1. Breves considerações sobre a constituição do casamento.	72
4.1.2. O casamento à luz da dignidade humana.....	78
4.2 GARANTIA AO CASAMENTO DA PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN.	83
4.2.1 A sistemática da capacidade jurídica da pessoa com Síndrome de Down.	83
4.2.2 Casamento da pessoa com Síndrome de Down: um direito humano fundamental sob a ótica do relativismo cultural.	89
5 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO DE CASAR E ESTABELECEER FAMÍLIA.....	94
5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OPERADO NO CAMPO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	94
5.2 POSIÇÃO NORMATIVA E IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....	102
5.3 APARENTES PROCESSOS LEGAIS E SOCIAIS DE EXCLUSÃO E DESEMPODERAMENTO DAS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN NO QUE TANGE AO DIREITO DE CASAR-SE E CONSTITUIR FAMÍLIA.	106
5.3.1 Reflexões acerca da eficácia e da efetividade normativa no Brasil.....	107
5.3.2 Aparente inefetividade das medidas estipuladas em prol das pessoas com Síndrome de Down a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.	111
6 CONCLUSÕES.....	117
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

1. INTRODUÇÃO

A partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e de seu Protocolo Facultativo, ambos de 2006, vem se buscando dotar os Direitos Humanos básicos desse grupo social de múltiplas garantias, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito ao casamento, a constituir família, à maternidade e paternidade e à vida sexual.

Na percepção sociojurídica atual, a Convenção - incorporada à legislação brasileira em 2008¹, inaugurou gramática de afirmação de direitos historicamente conspurcados, à vista dos processos de exclusão e desempoderamento que marcam essa categoria de sujeitos sociais, ainda que o novo panorama não tenha resultado em medidas efetivas para que o Estado brasileiro venha a eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência intelectual em diversos âmbitos dos direitos fundamentais destes sujeitos.

Dito de outra forma, levando-se em consideração dados colhidos no Relatório brasileiro sobre o cumprimento das disposições da Convenção (2008-2010)² e outros documentos congêneres, o Estado brasileiro não conseguiu garantir a compatibilização entre a produção normativa doméstica e a Convenção da ONU, acabando por mitigar a efetividade e aplicabilidade imediata que se deveria garantir a esse complexo normativo. Ou seja, o discurso de afirmação/efetivação dos direitos humanos encartado na referida convenção, com toda a força lógico-legitimante a ele vinculado, esbarra na concepção universalista dos direitos humanos, pois a concepção da dignidade da pessoa com deficiência intelectual é encarada de formas diferentes em determinadas culturas.

Diante da diversidade cultural experimentada no mundo, e em especial no Brasil, os direitos humanos apresentam-se como ferramentas capazes de influenciar o comportamento das comunidades, todavia, em face do multiculturalismo existente, esses mesmos direitos são tratados de formas distintas, e sua aplicação pode ser encarada como meio de repressão ao livre desenvolvimento de uma sociedade que vivencia o relativismo cultural.

Contudo, no campo do universalismo, a concepção maniqueísta do direito tende a ser um óbice à efetivação dos direitos humanos das pessoas com deficiência, em especial quando

¹ Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186 (ato normativo com força constitucional, à luz do art. 5º, § 3º), posteriormente promulgado pelo Decreto presidencial nº 6.949, de 2009.

² Ao ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil e demais Estados Partes comprometem-se a apresentar ao Secretário-Geral das Nações Unidas, de acordo com o §1º do art. 35, relatório de monitoramento sobre as medidas tomadas para cumprir as suas obrigações com a Convenção, no prazo de dois anos após a entrada em vigor da Convenção no Brasil e, posteriormente, pelo menos a cada quatro anos, e sempre que for solicitado pelo Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, conforme o parágrafo §1º do art. 36.

envolvem premissas de saúde, por servir como justificativa para práticas que violam os direitos humanos destes sujeitos, partindo do princípio que a dignidade humana é um elemento invariável – para àquela concepção (BOBBIO, 1992).

Em linhas gerais a denúncia do relativismo implica na quebra do paradigma (da igualdade formal), valendo-se da crítica isonômica para fins de não apenas reconhecer direitos formais, mas, especialmente, concretiza-los na prática.

Com isso, pretende a versão relativista romper com a visão incapacitante da sociedade sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência intelectual, já que a mera igualdade formal conduz estes sujeitos a uma situação de desvantagem social intensa gerada pelo não acesso aos direitos humanos, à socialização e às oportunidades necessárias ao crescimento para a vida adulta e cidadã.

Como se sabe os Direitos humanos, que nasceram universais (notadamente com a modernidade), pretendem não apenas – contemporaneamente – espalhar o seu exercício à uma coletividade determinada, lançando-se, conforme leciona Symonides (2003), a necessidade de garantir a vida dos homens em toda sua plenitude, invariavelmente, observando as diferenças entre os sujeitos.

Apesar dos contornos universais que possuem os Direitos Humanos, o grupo vulnerável objeto deste trabalho não consegue desfrutar desses direitos, pois, conforme aduz Comparato (2010), a humanidade é composta por uma minoria poderosa e uma maioria indigente. Nesta maioria insere-se a maior das minorias populares, pessoas com deficiência intelectual. Segundo dados do IBGE³, o Brasil tem aproximadamente 1,6 milhão de pessoas com algum tipo de deficiência intelectual, ou seja, 0,8% da população brasileira, e o equivalente a toda população da cidade do Recife.

A inclusão da pessoa com deficiência é uma obrigação do Estado, e o tema da igualdade de oportunidades e não discriminação das pessoas com deficiência intelectual está surgindo cada vez com mais ressonância nos debates políticos, diferentemente dos antigos discursos superficiais de outrora, que traziam o obsoleto paradigma do assistencialismo e do modelo que reduz as ações da política pública ao setor saúde em se tratando de pessoas com deficiência intelectual.

Entre diversos temas e desafios que se apresentam para assegurar a igualdade de tratamento almejada pela Convenção, deve-se destacar os direitos inerentes ao casamento e à constituição de família. Destarte, há necessidade de realização das normas de direitos

³ IBGE, censo demográfico de 2013.

humanos quanto à pessoa com deficiência intelectual em todos os aspectos relativos a casamento, família, e relacionamentos socioafetivos, em igualdade de condições com as demais pessoas, em atenção ao dever estatal de adotar disposições de direito interno e medidas efetivas de qualquer natureza que assegurem o exercício dos direitos e liberdades constantes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Diante deste contexto, faz necessário um maior aprofundamento sobre os aspectos que envolvem o direito das pessoas com deficiência em condições de contrair matrimônio se casarem e estabelecerem família com base em seu livre e pleno consentimento e os embargos que as impedem de realizar esse direito fundamental, pois a história da humanidade testemunhou os constantes processos de exclusão sofridos pelo grupo social das pessoas com Síndrome de Down, impossibilitando-as de desfrutar de direitos humanos básicos, como o direito de perseguir o afeto e a felicidade através do matrimônio.

Desta feita, o trabalho centra-se no âmbito do Direito Público, mais precisamente na seara do Direito Internacional e do Direito Civil Constitucional. Assim, tomando como ponto de partida o caráter relativista dos direitos deste grupo vulnerável e os embargos legais e culturais que impedem as pessoas com deficiência intelectual de exercerem de forma plena sua cidadania, especialmente o direito à constituição de agrupamento familiar; problematiza-se a partir da aparente tensão entre a compatibilização das diretrizes legais e constitucionais pátrias com os termos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em busca da máxima efetividade das normas de direitos humanos destes sujeitos.

Neste sentido, a principal indagação que se pretende responder nesta pesquisa é se o Brasil adotou medidas de direito interno capazes de garantir a todas as pessoas com Síndrome de Down a efetividade do direito de casar, estabelecido na Convenção da ONU, a qual o Brasil é signatário e a incorporou com status de emenda constitucional, para que se possa atingir um cenário ideal participativo, onde as pessoas com deficiência intelectual possam se tornar de fato agentes multiplicadores da governança democrática, através do exercício da cidadania.

Destarte, verifica-se a seguinte hipótese: a compatibilização do Código Civil Brasileiro à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir da quebra e transição do paradigma do modelo biomédico da deficiência adotado pelo legislador pátrio para o modelo social integrador da deficiência consagrado no preâmbulo da Convenção, pode diminuir a discriminação e assegurar o direito de as pessoas com deficiência se casarem e estabelecerem família, conferindo máxima efetividade à Convenção.

Objetiva-se, por conseguinte, pesquisar o direito de constituir família da pessoa com deficiência e os embargos que as impedem de realizar o afeto e a felicidade através do casamento, delineando pressupostos viáveis que possam assegurar a efetividade do direito das pessoas com deficiência intelectual de se casarem e estabelecerem entidades familiares.

A fim de alcançar os objetivos delineados, este estudo caracterizou-se por uma vertente metodológica de natureza qualitativa, que, como afirmam Martins e Bicudo (1989), possibilita buscar não só os fatos em si, mas, principalmente, os significados desses para os sujeitos, neste caso, pessoas com deficiência intelectual.

Neste contexto, ao discorrer sobre a pesquisa qualitativa, Richardson (1985, p. 38) também argumenta que "a abordagem qualitativa de um problema, além de ser uma opção do investigador, justifica-se, sobretudo, por ser uma forma adequada para entender a natureza de um fenômeno social". Neste estudo o fenômeno social investigado foi o casamento e a formação de entidade familiar das pessoas com Síndrome de Down.

A metodologia utilizada neste estudo foi composta pelo método dedutivo de abordagem, visto que partiu de princípios considerados verdadeiros e consolidados para se chegar as conclusões, ou seja, foi abordado o direito humano fundamental de constituir família da pessoa com deficiência consagrado pelo ordenamento jurídico internacional e a inércia do Estado brasileiro na adoção de medidas concretas e bem definidas para a efetivação desse direito, retirando desse grupo social a liberdade de vivenciar seus desejos e de serem protagonistas de suas escolhas.

Quanto ao método de procedimento, utilizou-se o método histórico, por ser indispensável a análise do processo histórico de reconhecimento internacional e nacional dos direitos humanos da pessoa com deficiência e os processos de exclusão e desempoderamento que sofre esse grupo social.

A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e documental, tomando como base a doutrina nacional e internacional pertinente, bem como demais textos legais, para esclarecer a opinião dos doutrinadores e políticos sobre o tema.

Ciente da complexidade da interseção entre deficiência intelectual e socioafetividade na perspectiva do casamento e da constituição de família, o que ainda representa tabu na sociedade, este estudo buscou, por meio de uma análise crítica, reflexiva e integradora, analisar o direito humano básico da pessoa com deficiência intelectual de constituir relação convivencial.

Para isso, preliminarmente, no segundo capítulo, fez-se uma análise da deficiência intelectual no seu aspecto conceitual, traçando as diferenças entre esta e a enfermidade

mental; estabelecendo o conceito de Síndrome de Down e suas particularidades intrínsecas no que diz respeito a capacidade, e analisando por fim os modelos biomédico e integrador da deficiência.

Passou-se em seguida, no terceiro capítulo, a análise do processo histórico de reconhecimento internacional e nacional dos direitos humanos da pessoa com deficiência, descrevendo o desenvolvimento da tutela de direitos humanos no cenário internacional e nacional, e a construção de uma cultura por direitos humanos à luz das ideias de igualdade e dignidade.

No quarto capítulo, foram tratados o casamento e a deficiência intelectual à luz da dignidade humana, abrangendo questões como a expressão da busca pelo afeto e felicidade por meio do direito humano básico da pessoa com Síndrome de Down de convolar núpcias.

Por fim, no quinto e último capítulo, foi feita análise dos dispositivos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que dispõem sobre aspectos relativos a casamento, determinando a posição normativa e o impacto desta Convenção no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, como também a efetividade dos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência relativos a casamento e formação de entidade familiar no Brasil.

2 DEFICIÊNCIA: ESTUDO CONCEITUAL

De origem latina, a palavra “deficiência” deriva de *deficiens*, do verbo *deficere*, cujo significado é “desertar, revoltar-se, falhar”. A Organização Mundial de Saúde – OMS, através da Classificação Internacional de Funcionalidade⁴ - CIF, conceitua deficiência como “um desvio ao que é geralmente aceito como estado biomédico padrão do corpo humano, seja pela perda, ausência ou anormalidade da estrutura ou da função psicológica, fisiológica ou anatômica”.

Em que pese a breve Classificação Internacional nos remeta à análise restrita ao campo biomédico para descrever dita condição de saúde, a essência da Organização Mundial de Saúde compreende que determinados fatores externos ao corpo têm impacto na funcionalidade e desenvolvimento do indivíduo. A importância do cenário exterior ao biomédico, possui papel de destaque dentro da Classificação da ONU, de forma que esta preposição é explicitada no início do documento, onde, ao tratar da estrutura da informação ali contida, a sua organização é dividida em dois grandes grupos: Funcionalidade e Incapacidade; e Fatores Contextuais.

Corroborando a intenção de fazer jus à importância do papel desempenhado pelos Fatores Contextuais no âmbito da deficiência, Bianchetti (1998) se dedicou à buscar respostas para indagações como: “De que tipo de corpo cada classe social dominante, nos diferentes momentos históricos, precisou?” e “Que tipo de corpo valorizou e estabeleceu como modelo ou padrão?” (1998, p. 23). Para confrontar as próprias perguntas, Mario Giovanni Bianchetti organizou seu argumento a partir da premissa de que a diferença só pode ser compreendida no bojo da história a partir do modo como os homens e mulheres vieram atendendo às necessidades básicas, essenciais à sua sobrevivência.

Na mesma linha interpretativa, segundo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵, assinada em Nova York em 2007 e vigente no ordenamento pátrio desde 2009, pessoas com deficiência são aquelas que:

⁴ A CIF pertence à “família” das classificações internacionais desenvolvida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para aplicação em vários aspectos da saúde. O objetivo geral da classificação é proporcionar uma linguagem unificada e padronizada assim como uma estrutura de trabalho para a descrição da saúde e de estados relacionados com a saúde. A classificação define os componentes da saúde e alguns componentes do bem-estar relacionados a ela.

⁵ A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, no dia 13 de Dezembro de 2006, sendo alvo de intensos trabalhos e negociação por um período de cinco anos, tendo sido aprovada, até a presente data, por 127 países. O documento representa um importante instrumento legal no reconhecimento e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e na proibição da discriminação contra as estas pessoas em diversas áreas da vida que acometem o ser humano como um todo.

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. (2007, p.134).

Embora a Convenção de 2007 traga a concepção de deficiência, ela mesma reconhece que este conceito está em evolução constante, no qual a interação entre as pessoas com deficiência e a sociedade, tem participação fundamental. Neste sentido Giordano (2000) afirma que a análise histórica do conceito de deficiência a remete a uma estreita relação entre a concepção do fenômeno e a ação social perante a pessoa com deficiência.

Com base nessa premissa, o corpo é considerado em sua tríplice dimensão bio-psico-anatômica, de forma que o cérebro e suas funções psicológicas também são abrangidos pelo conceito de deficiência, quando presentes as limitações inerentes ao exercício do funcionamento mental. A evolução do conceito de deficiência, de uma característica centrada no indivíduo visto com um “déficit” para um fenômeno humano com gênese em fatores orgânicos e sociais, provocou a alteração do termo “deficiência/retardo mental” para “deficiência intelectual” – nomenclatura adotada oficialmente pela Associação Americana em Deficiência Intelectual e do Desenvolvimento (AAIDD) em 2007.

Segundo Robert L. Schalock (1994), PhD e ex presidente da AAIDD, há um consenso de que o termo “Deficiência Intelectual” reflete com precisão a mudança na construção da deficiência descrita pela AAIDD e pela OMS, além de alinhar-se melhor com as práticas profissionais que incidem sobre os fatores contextualizados e não apenas sobre uma suposta “incapacidade” originada exclusivamente de uma lesão ou má formação do organismo.

Com o surgimento do movimento dos testes mentais, em 1959, as definições de deficiência intelectual passaram a dar ênfase na mensuração do funcionamento intelectual do indivíduo e o teste de Quociente de Inteligência (QI) se tornou o parâmetro para definir o grupo e classificar as pessoas em “níveis de inteligência”. O conceito trazido por Hebert. J Grossman, traduz a mentalidade que prevaleceu acerca do tema no período compreendido entre 1959 e 1992: “Significantly subaverage general intellectual functioning existing concurrently with deficits in adaptive behavior and manifested during the developmental period” (1973, p.19).

Nas três décadas subsequentes ao surgimento do teste de QI, dez áreas de condutas adaptativas foram estudadas e aderidas gradualmente ao que seria o novo conceito de Deficiência Intelectual, sendo elas: o autocuidado; a comunicação; o desempenho na

comunidade; habilidades acadêmicas, funcionais e sociais; independência na locomoção; lazer e trabalho; saúde e segurança e vida no lar. Em 1992, a nona edição do Manual de Definição, Classificação e Sistemas de Suporte foi publicada, não apenas abarcando todas as novas áreas de condutas adaptativas, mas também enfatizando a oferta de programas personalizados que ajudasse os indivíduos a alcançarem o seu mais alto nível de funcionamento.

Essa nova filosofia foi a primeira a considerar elementos sociais e ambientais no âmbito da deficiência intelectual, e a vê-la como um quadro de saúde que poderia ser melhorado com prestação de suporte e não como uma condição estática.

2.1 DEFICIÊNCIA INTELECTUAL COMO ESPÉCIE DA DEFICIÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO

Deficiência de desenvolvimento é um termo abrangente que inclui tanto a deficiência física como a intelectual, constituindo esta última uma espécie dentro do universo maior do gênero das deficiências de desenvolvimento. Há hipóteses em que, por diversas razões, é possível a classificação simultânea de uma mesma pessoa nas duas subcategorias – deficiência física e intelectual. Com respeito ao tema, a educadora e organizadora do Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado da CAPE, Maria Amélia Almeida pontua que a manifestação da deficiência de desenvolvimento se dá, necessariamente, antes dos 22 anos de idade, com a possibilidade de permanecer ao longo da vida.

De acordo com a educadora, esta condição é grave e crônica, independentemente de sua natureza cognitiva, mental ou mista, podendo ser resultadas de desordens cromossômicas, tais como a Síndrome de Down, a Síndrome Alcoólica Fetal ou a Síndrome do X Frágil. A organizadora do núcleo da CAPE, assimila:

A deficiência intelectual abrange a parte “cognitiva” da definição, ou seja, aquelas deficiências que estão amplamente relacionadas ao pensamento processual. Como a deficiência intelectual, outras deficiências de desenvolvimento geralmente concorrem e os profissionais da deficiência intelectual muitas vezes trabalham com pessoas que têm ambos os tipos de deficiência. (...) Em relação à determinação da deficiência intelectual, esta não pode e nem deve ser determinada apenas por testes de QI, no entanto esse teste é uma ferramenta importante para medir o funcionamento intelectual, ou seja, a capacidade mental para o aprendizado, raciocínio, resolução de problemas, e assim por diante. (2012, p.58).

Na análise e no eventual diagnóstico de uma pessoa com deficiência (PCD), é vital a consideração acerca de fatores como o ambiente de criação, a diversidade linguística e as diferenças culturais, no que tange à comunicação, comportamento e interação social. A

combinação desses aspectos com determinados desvios do corpo a fim de definir “deficiência”, congruem com a filosofia mais recente acolhida pela OMS e adaptada pelo legislador brasileiro.

2.1.1 Síndrome de Down: causas, consequências comportamentais e contrapartida social.

A origem da nomenclatura da condição genética em tela tem proveniência distinta do que é usual – e negativamente - deduzida pela população. A palavra “Down” em inglês, de acordo com o dicionário Bab.la⁶, tem o sentido de “para baixo”, “reduzido”, “caído”, “abatido”. Sem embargo, a “Síndrome de Down” não foi nomeada com o escopo de aduzir à Trissomia, o sentido de ser inferior ou rebaixado.

A Síndrome de Down, a exemplo de diversas outras condições médicas, tem sua nomenclatura originada pelo físico pioneiro em descrever esta condição genética, o Dr. John Langdon Down que, em 1860, escreveu um artigo descritivo acerca de um grupo específico de seus pacientes. No estudo evidenciado, republicado pela obra *Neurobiology of Brain Disorders*, o cientista obtempera que a Trissomia 21 é invariavelmente congênita, não resultando de nenhuma espécie de acidente após a vida uterina, sendo ainda, em muitos casos, consequência da tuberculose dos genitores do trissômico. Um trecho significativo de seu artigo dispunha:

The Mongolian type of idiocy occurs in more than ten per cent of the cases which are presented to me. They have considerable power of imitation, even bordering on being mimics. They are humorous and a lively sense of the ridiculous often colours their mimicry. This faculty of imitation can be cultivated to a very great extent and a practical direction given to the results obtained. They are usually able to speak; the speech is thick and indistinct, but may be improved very greatly by a well directed scheme of tongue gymnastics. The co-ordinating faculty is abnormal, but not so defective that it cannot be strengthened. By systemic training, considerable manipulative power may be obtained (2014, p. 62).⁷

⁶ Disponível em <http://pt.bab.la/dicionario/ingles-portugues/down>.

⁷ “O tipo de deficiência que acometem as pessoas com Síndrome de Down ocorre em mais de dez por cento dos casos que me são apresentados. Eles têm um poder de imitação considerável, chegando mesmo a ser imitadores. Eles são bem-humorados, e um sentido vivo do ridículo, muitas vezes, caracteriza sua mímica. Esta habilidade de imitação pode ser cultivada em grande medida e resultados podem ser obtidos mediante uma prática direcionada. Eles geralmente são capazes de falar; o discurso é grosseiro e indistinto, mas pode ser aperfeiçoado por um esquema bem dirigido de exercícios fonoaudiológicos para a fala. A coordenação é defeituosa, mas não tão defeituosa que não possa ser fortalecida. Por meio de um treinamento sistemático, resultados consideráveis podem ser obtidos.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/>>)

Langdon, fazendo uso de suas faculdades científicas, sem olvidar a sua experiência empírica, usou como critério de formação deste grupo em análise, as semelhanças existentes entre os pacientes que os compunha. Entre os traços observados pelo físico, foram destacados: a sua causa congênita, independentemente de acidentes ocorridos após a vida uterina, a habilidade para a imitação e o uso de humor ao fazê-la.

A dificuldade na fala, ao ponto de ser indistinta, e a falta de coordenação motora desses pacientes, também foram características pontuadas por Langdon Down. Em contrapartida, o físico levantou a ressalva de que, essas lacunas no desenvolvimento não o obstariam se essas funções orgânicas afetadas fossem devidamente estimuladas e sistematicamente tratadas.

No período retratado (século XIX), a teoria evolutiva de Darwin ainda era recente, o que talvez justificasse a teoria do Dr. Down de que esse grupo de pacientes representava uma “regressão” na evolução humana. Ademais, o físico notou que a aparência física desses indivíduos em muito se assemelhava à das pessoas da Mongólia, razão pela qual ele passou a se referir à condição como “Mongolian Idiocy”, e aos acometidos por ela, como “mongoloids”. Os estudos sobre a Síndrome de Down foram aprofundados, em uma velocidade subjetivamente próxima a qual foram os Direitos Humanos, de forma que não apenas as conclusões acerca da condição genética, mas também a sua nomenclatura, foram lapidadas gradativamente.

Atualmente, a Trissomia 21 é considerada uma das principais causas da falta de desenvolvimento intelectual. Esta condição genética se caracteriza pela presença de um terceiro cromossomo no par 21, que provoca um desequilíbrio genético, levando a uma gama de alterações que impactam negativamente no desenvolvimento do organismo dos indivíduos acometidos pela Síndrome. Os seres humanos, ao serem fecundados, normalmente recebem 46 cromossomos em cada uma das células de seu organismo, sendo 23 provenientes dos espermatozoides do pai e 23 do óvulo da mãe. Juntos, eles formam o zigoto, que é a primeira célula que origina o novo organismo.

Os 46 cromossomos de cada célula comportam os genes que determinam todas as características e peculiaridades do ser em formação, de forma que, 44 entre eles são cromossomos regulares, que formam pares – de 1 a 22. Os dois cromossomos restantes são denominados cromossomos sexuais e são os responsáveis por determinar o gênero do nascituro, sendo a combinação “XY” para os meninos e “XX” para as meninas. Desta forma, a Síndrome de Down, apresenta-se como uma desordem genética em nível cromossômico.

A Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, em um estudo⁸ realizado em 2012 acerca das Deficiências Intelectuais, dividiu as causas desta desordem cromossômica em três formas distintas. Figurando como a forma mais frequente da Síndrome, correspondendo a 95% das pessoas afetadas por esta desordem, a primeira delas foi denominada Trissomia livre ou simples, onde cada célula acarreta a soma incomum de 47 cromossomos. Como a divisão celular comum seria apenas com 46 cromossomos, sendo 23 deles direcionados a uma célula e seus pares correspondentes para outra, a disjunção não ocorre de maneira correta. Um dos pares de cromossomo, o par 21, não se separa, permanecendo unido em uma das células embrionárias (o óvulo ou o espermatozoide).

Assim, no momento da união desta célula com 24 cromossomos a uma célula comum, com 23, a célula resultante da fusão no momento da concepção, terá 47 cromossomos, e esta dará origem a todas as demais células do organismo em formação. De acordo com o Estudo da Secretaria Paulista, a segunda causa possível da Síndrome de Down é a Translocação. Como já induz o próprio nome, a translocação acontece quando um dos genitores apresenta, nas células do seu organismo, ao invés de cromossomos 21 completos, que é o usual, um cromossomo 21 completo e um pedaço de outro cromossomo 21 que se soltou e se colou a outro cromossomo, em outras palavras, que se translocou.

Os genitores se comportam como portadores do gene, mas não apresentam a Síndrome porque têm apenas dois pares do cromossomo 21, ainda que um deles se encontre colado a outro cromossomo. A translocação é um dos típicos exemplos que justifica a importância de se estudar as causas da Síndrome de Down. Se o exame do bebê acometido pela Trissomia 21 indica que ela foi causada por Translocação, a probabilidade é de que seus pais e irmãos também seja portadores do gene. Isto considerado, é altamente recomendado que os genitores e irmãos façam o respectivo exame para avaliar se poderão ter filhos com a trissomia, ainda que a Translocação corresponda a somente 3,5% das pessoas com Síndrome de Down.

Geralmente as consequências orgânicas da translocação costumam ser similares às da trissomia simples, sendo a Síndrome de Down manifestada em todas as suas formas - a menos que o pedaço translocado seja muito pequeno e de uma região do cromossomo pouco rica em genes.

Por fim, a última e menos frequente ocorrência genética desencadeadora da Trissomia é o Mosaicismo, causador da Síndrome de Down em cerca de 1,5% das pessoas que a

⁸ A Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, por meio do Serviço de Educação Especial, apresentou a publicação “Deficiência Intelectual: Realidade e Ação” com o intuito de disseminar informações e divulgar o trabalho realizado junto aos profissionais da rede estadual de ensino de São Paulo, na área da Deficiência Intelectual.

manifestam. O Mosaicismo corresponde à situação em que o óvulo e o espermatozoide possuem os 23 cromossomos comuns, e, portanto, a primeira célula que se forma da fusão de ambos é normal, possuindo 46 cromossomos.

Inobstante, no curso das divisões dessa célula e nas que virão a seguir, surge, em algumas delas, o fenômeno idêntico ao da Trissomia Simples, o de não-separação do par de cromossomos 21, de modo que uma célula terá 47 cromossomos, três dos quais serão do par 21. A partir daí todos os milhões de células que derivem dessa célula diferente terão 47 cromossomos, enquanto os demais milhões de células que se derivem das células normais terão 46, e serão também normais. A porcentagem final de células trissômicas e normais naquele indivíduo, dependerá do momento em que ocorreu a não-disjunção no curso das sucessivas divisões. Quanto mais breve se der a ocorrência genética, maior será a porcentagem de células trissômicas.

Malgrado as pessoas com Síndrome de Down não possuam um padrão fixo e único de características físicas, e inexista nexos causal entre a sua incidência e fatores étnicos, econômicos ou geográficos que contextualizam os indivíduos afetados (Movimento Down⁹, 2013), existem traços que são mais comuns entre a população trissômica. O setor oficial do Reino Unido, the National Health Services (NHS), corrobora esta alegação, afirmando que: “Each person with Down's syndrome is affected differently, but most share a number of physical characteristics and developmental problems”.

Entre as semelhanças físicas que a grande maioria destes indivíduos compartilha, o NHS listou as seguintes: a redução do tônus muscular (hipotonia); o dorso planificado do nariz; boca pequena e língua saliente; olhos puxados para cima; cabeça achatada na parte traseira; Dedos curtos e polegares e indicadores espaçados e peso e altura abaixo da média ao nascer.

Sob o aspecto cognitivo, estudos realizados por Lúria e Tskvetkova (1964), atribuem a redução das habilidades de análise, síntese e a fala comprometida à uma lesão difusa sofrida pelos acometidos da condição genética, que é acompanhada por um funcionamento elétrico peculiar no tocante ao desenvolvimento cognitivo. As análises também apontam que este grupo apresenta dificuldades em selecionar e direcionar um estímulo, devido à fadiga das conexões.

⁹ O Movimento Down é uma iniciativa do MAIS – Movimento de Ação e Inovação Social, realizado em parceria com o Observatório de Favelas do Rio de Janeiro. Movimento Down produz conteúdos diversificados para ajudar famílias, profissionais e o público em geral a combater preconceitos e a buscar condições efetivas de inclusão. (Disponível em <http://www.movimentodown.org.br/movimento-down/>). Acesso em 10/10/2016.

Observa-se que, embora a Síndrome de Down aumente a probabilidade do desenvolvimento de deficiências intelectuais, ela não constitui uma deficiência por si só, sendo medicamente referida como uma desordem cromossômica. Embora a Trissomia encabece o roll dos motivos causadores das deficiências intelectuais, ela também tem repercussão na saúde e formação física do indivíduo, sendo um precedente facilitador de determinadas enfermidades como as doenças cardíacas congênitas, Alzheimer, leucemia e a doença de Hirschsprung.

No tocante à personalidade das pessoas com Síndrome de Down, são a elas atribuídas comumente traços como a obstinação, a facilidade do trato, a demonstração de afeto constante e a sociabilidade. Outras vertentes salientam a sua alegria, obediência e submissão. Há ainda, inúmeras divulgações e bibliografias científicas a respeito das características emocionais deste grupo, que muitas vezes se embasam em qualitativos fixos, correndo o risco de constituir estereótipos que podem dar vazão a mitos creditados pelo resto da população.

Embora a incidência eventual dessas características exista, elas nem sempre estão claramente demonstradas e, em muitos casos, carecem de fundamento. Nesta senda, Ruiz Rodríguez (2012) salienta que as pessoas que conhecem a realidade, possuem a consciência de que os clichês precedentes de estigmas têm pouca base empírica, sendo, frequentemente, falsos. O autor, na sua obra “Actitudes, estereotipos y prejuicios: su influencia en el síndrome de Down”, ainda assevera:

Los estereotipos son creencias relativas a las supuestas características comunes de los miembros de un determinado grupo social o colectividad. Es fácil comprobar que tendemos a considerar iguales, en la mayor parte de los aspectos (físico, psicológico, conductual, cultural, social) a quienes pertenecen a grupos distintos del nuestro. Esa tendencia es la que origina y nutre muchos de los tópicos que sobre las personas con síndrome de Down se mantienen desde hace tanto tiempo: son muy cariñosas, son muy sociables, son muy tranquilas, son testarudas, son “niños para toda la vida” (2012, p.07).¹⁰

O perigo de categorizar as pessoas com Síndrome de Down em um grupo homogêneo é que isso pode ocasionar rotulações prejudiciais que, além de confundir e direcionar de forma errada as pessoas que convivem com os trissômicos, podem determinar falsas expectativas

¹⁰ Os estereótipos são crenças sobre as supostas características comuns dos membros de um determinado grupo social ou comunidade. É fácil comprovar que temos a tendência de considerar iguais, na maioria dos aspectos (físicos, psicológicos, comportamentais, culturais, sociais) quem pertence a grupos diferentes do nosso. Esta tendência é aquela que se origina e alimenta muitos dos tópicos que sobre as pessoas com síndrome de Down são mantidos por muito tempo: eles são muito amorosos, muito sociáveis, muito calmos, são teimosos, são “filhos para toda a vida”. (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>).

que se criam sobre eles. Neste ponto é importante salientar que, embora existam estereótipos e coincidências aparentes, a variedade de temperamentos e personalidades dentro do grupo acometido pela desordem cromossômica, é tão ampla como a da população geral. Esta preposição se amolda com perfeição ao alegado por Díaz Caneja (2007):

Compruébense, a modo de ejemplo, los márgenes temporales en que los niños adquieren determinadas capacidades o hitos de desarrollo, como la marcha o el habla, mucho más amplios que en cualquier otro caso (2012, p.116).¹¹

Feitas as devidas ressalvas, é pertinente afirmar que existem formas de atuar que se apresentam com relativa constância entre as pessoas com Síndrome de Down, estando entre elas a escassa iniciativa e proatividade, a tendência à distração e a capacidade reduzida de inibição (ESCAMILA, 1998; 2005; MOELLER, 2006).

Sob o aspecto motor, as crianças com Síndrome de Down, em relação às crianças sem esta condição, geralmente apresentam um desenvolvimento mais devagar em atividades que exigem o desenvolvimento motor e o cognitivo cotidianos, tais como sentar, andar, ficar em pé, falar e segurar objetos. Eventualmente, elas adquirem essas habilidades, apenas necessitam de mais tempo para automatizá-las (ESCAMILA, 1998).

Outrossim, é válido trazer a luz a conclusão de Zoia et al. (2004) que, após investigar as diferentes habilidades de ação utilizadas por pessoas com deficiência intelectual, concluiu que os indivíduos condicionados pela Trissomia 21, de forma geral, no que diz respeito à execução de atividades cotidianas, apresentam mais habilidades que as demais pessoas com deficiências intelectuais, que não a Síndrome de Down.

Não pretendemos oferecer neste capítulo um guia completo de saúde que pode ser consultado em fontes mais pertinentes a este fim, mas um ponto crucial a ser destacado é que, apesar das condições de saúde mais frágeis e da consequente necessidade de cuidados especiais de acompanhamento médico constante, as pessoas com Síndrome de Down, em sua grande maioria, alcançam satisfatoriamente suas capacidades cognitivas e adaptativas em um meio ordinário.

Isso se dá porque as barreiras que obstaculizam o desenvolvimento de um indivíduo trissômico não são imutáveis, devido à plasticidade cerebral, que é a denominação utilizada para descrever a capacidade adaptativa do sistema nervoso central, tendo também relação direta com a habilidade para modificar sua organização estrutural e funcional. Neste ínterim, é

¹¹ *Comprova-se, por exemplo, as margens temporárias que as crianças adquirem certas habilidades ou marcos de desenvolvimento, como o caminhar ou a fala, muito maior do que em qualquer outro caso.* (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

resta evidenciada a importância desta propriedade do sistema nervoso, por permitir o desenvolvimento de alterações estruturais em resposta à experiência e a adaptação às condições mutantes e a estímulos repetidos (KANDEL 2003; KOLB, 2002).

Salienta-se por fim que, por mais que possamos qualificar as características inicialmente mencionadas como uma combinação de traços herdados com influências ambientais, elas não podem ser consideradas fixas ou imutáveis, sendo papel de toda a sociedade, agir de forma a potencializar suas habilidades e fazer o possível para corrigir os fatores que limitam o seu acesso social. Neste sentido, Ruiz (2012) alega que “valores como la aceptación de la diversidad, la tolerancia, el respeto, sólo se pueden interiorizar a través de la convivencia diaria”. Este posicionamento ainda é reiterado pela Associação Down Syndrome Australia ¹², vejamos:

We recognise that growing up in families and communities, with the same rights and responsibilities as everyone else, is vital to the development of people with Down syndrome. (...) People with Down syndrome need opportunities to reach their full potential, like we all do. When given these opportunities, they become valued and productive members of their families and the community.¹³

2.1.2 O estigma social no surgimento da enfermidade mental.

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, promulgada em 1946, define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Desta forma, a saúde mental pode ser traduzida como um estado de bem-estar no qual o indivíduo é consciente de suas próprias capacidades, apto a se relacionar, a lidar com as tensões regulares do cotidiano, a trabalhar de forma produtiva e a contribuir para a sociedade em que vive (Asociación Viscaína De Familiares Y Personas Con Enfermedad Mental, 2013).

Neste ínterim, a Asociación Viscaína de Familiares y Personas Con Enfermedad Mental¹⁴, assinala que a enfermidade mental é uma alteração de tipo emocional cognitivo/comportamental, onde são afetados processos biológicos básicos, tendo-se como

¹² Disponível em http://www.downsyndrome.org.au/what_is_down_syndrome.html.

¹³ “Reconhecemos que o crescimento em família e comunidade, com os mesmos direitos e responsabilidades que todos os outros, é vital para o desenvolvimento das pessoas com Síndrome de Down. As pessoas com Síndrome de Down precisam de oportunidades para atingir seu pleno potencial, como todos nós. Quando são dadas essas oportunidades, elas se tornam membros valorosos e produtivos em suas famílias e na comunidade.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/>>)

¹⁴ Disponível em: <<https://consaludmental.org/publicaciones/AVIFES-APUNTES-FAMILIAS.pdf>> Acesso em: 20/10/2016.

exemplo destes a emoção, a motivação, a cognição, a aprendizagem e a linguagem. Neste âmbito, a Confederação, ao estabelecer o seu Plano Estratégico, aquiesce que:

Lo que dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de malestar subjetivo. (...) No es fácil establecer una causa-efecto en la aparición de la enfermedad mental sino que son múltiples y en ella confluyen factores biológicos (alteraciones bioquímicas, metabólicas, etc.), factores psicológicos (vivencias del sujeto, aprendizaje, etc.) y factores sociales (cultura, ámbito social y familiar, etc.) que pueden influir en su aparición.¹⁵

A partir da premissa exposta, é possível concluir que tudo o que possivelmente dificulta a adaptação do indivíduo mentalmente enfermo ao seu meio cultural e social, cria um mal estar subjetivo. Este cenário de incômodo social tende ser piorado pela própria natureza da doença mental, que, em decorrência do estigma discriminatório criado em torno dela, leva os enfermos a evitar a busca de ajuda profissional, por vergonha e medo à rejeição (OMS, 2014).

Dita rotulação notória, explicitado pela reação de terceiros frente à doença mental, foi inclusive tema de estudos mais concretos em cada uma de suas possíveis manifestações, sejam elas de caráter genérico (SARTORIUS Y AICHENBERGER, 2005), centradas no âmbito laboral (MARWAHA Y JOHNSON, 2004; STUART, 2004), familiar ou fruto dos próprios meios de comunicação.

As pesquisas de Markowitz (1998) apontam a relação existente entre estigma, bem-estar psicológico e satisfação pessoal, nas pessoas diagnosticadas com uma doença mental e um estigma. Neste sentido, cabe sobrelevar que Link et al. (1997) concluiu que, ainda que os sintomas e o funcionamento social melhorassem significativamente após um ano de tratamento, contados do diagnóstico da enfermidade, o efeito do estigma permanecia, sem grandes alterações. O ponto comum entre ambos os estudos foi que os ditos efeitos estavam intrinsecamente relacionados a sintomas depressivos, e não, necessariamente, a sintomas psicóticos.

Ressalta-se, por fim, que, para Corrigan & Watson (2003), embora a probabilidade do desenvolvimento de uma doença mental seja maior quando existir determinada predisposição genética para tal, qualquer pessoa está suscetível a este tipo de alteração emocional e cognitiva.

¹⁵ O que torna difícil para a pessoa a se adaptar ao ambiente cultural e social em que vive e cria algum tipo de sofrimento subjetivo. (...) Não é fácil estabelecer uma causa e efeito no aparecimento da doença mental tendo em vista que são múltiplas e que reúnem fatores biológicos (alterações bioquímicas, metabólicas, etc.), fatores psicológicos (experiências do sujeito, aprendizagem, etc.) e fatores sociais (cultura, ambiente social e familiar, etc.) que podem influenciar no seu surgimento. (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

2.1.3 Contraste objetivo entre deficiência intelectual e enfermidade mental

Como exposto em epígrafe, a deficiência intelectual e a enfermidade mental não se confundem, embora sejam erroneamente tratadas como sinônimos pela sociedade em geral.

Segundo Thompson *et al* (2002), 25% da população mundial é acometida por alguma enfermidade mental ao longo da vida, proporção esta justificada pelo fato de poucas doenças mentais serem passíveis de prevenção, embora quase a sua totalidade possa ser administrada e tratada. As causas das doenças mentais não são provenientes de uma única variável, mas sim de uma universalidade de fatores determinantes, como a genética, a estrutura familiar, as experiências de vida negativas e as doenças físicas com repercussão psicológica (VEZZOLI *et al.*, 2001).

A seu turno, a deficiência intelectual consiste em uma condição genética que ocasiona dificuldades no aprendizado, em função de um desenvolvimento incompleto de inteligência, que se apresenta em uma média de 2% da população (THOMPSON *et al.*, 2002). Um indivíduo deficiente intelectual tem grande propensão a apresentar redução nas suas capacidades motoras, cognitivas, sociais e linguísticas, podendo estas ficar permanentemente afetadas. A causa da deficiência intelectual pode ser genética, sem exclusão, todavia, dos fatores de risco presentes durante a gravidez.

A Cornell University ILR School¹⁶ realizou um estudo acerca das diferenças pontuais entre os dois institutos, onde acentuou, primariamente, que um indivíduo que tem a sua saúde mental afetada é um paciente e, portanto, pode ter a sua doença curada ou estabilizada com medicação, psicoterapia ou outros sistemas de apoio. Todavia, um deficiente intelectual apresenta uma condição retardatória de desenvolvimento, onde as necessidades de aperfeiçoamento o acompanharão durante toda a vida, e os medicamentos não produzirão qualquer efeito no sentido de cura.

Outro contraste evidenciado pela ILR School recai sobre o fato gerador de ambas as condições. Enquanto a enfermidade mental é, em sua maioria, resultante de dificuldades relacionadas a emoções, a sentimentos depressivos e à ansiedade – embora possa ser ocasionada também por elementos genéticos, a deficiência do intelecto é necessariamente causada por estes últimos ou por fatores ambientais, que acometem o indivíduo, por exemplo, através de infecções ou de falta de oxigênio durante a gravidez ou o parto.

¹⁶Disponível em: <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=gladnetcollect>

Em suma, é cabível a colocação de que as enfermidades mentais podem ser provocadas por fatores sociopsicológicos, de forma que funções como os sentidos, o raciocínio lógico e a capacidade volitiva possuem chances prováveis de serem afetados. Por sua vez, as deficiências intelectuais provêm de fatos de natureza diversa, ocasionando, usualmente, problemas no processo de assimilação e de adaptação à vida social regular. Sobre este prisma, o estudo¹⁷ patrocinado pela Cornell University expôs:

There is a large variety of appearances and degrees of intellectual disability requiring different forms of therapies or support. Mental illness is in many cases periodic. People with mental illness mostly need short-term interventions of a medical nature, but also long-term support. In turn, intellectual disability is permanent. People with intellectual disability need developmental therapies, education and support adjusted to their needs to be able to live included in society (2007, p. 04).¹⁸

Do método comparativo trazido pela ILR School, em combinação com as análises de Corrigan *et al* (2004), se deduz que os tratamentos para as doenças mentais consistem, em sua maioria, em métodos somáticos, onde se faz uso de medicamentos ou em métodos psicoterapêuticos.

Por sua vez, devido ao fato de a deficiência intelectual consistir em um atraso no desenvolvimento e na aprendizagem, causado em função de uma lesão ou de um funcionamento cerebral insuficiente, observa-se que os métodos homeopatas não produzem efeitos nesses casos.

Ponto contrastante entre os institutos que merece destaque, é o momento de manifestação de cada um deles. Segundo o National Center on Birth Defects and Developmental Disabilities¹⁹, enquanto a ocorrência da enfermidade mental pode se dar em qualquer fase da vida, de forma que mesmo os indivíduos mentalmente sãos estejam suscetíveis a isso, a deficiência intelectual se manifesta, necessariamente, até os 18 anos de idade, de forma que a sua incidência é mais restrita.

¹⁷Mental Illness and Intellectual Disability, Gladnet Collection. Disponível em <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=gladnetcollect>. Acesso em 10/10/2016.

¹⁸ “Existe uma grande variedade de apresentação e graus de deficiência intelectual, requerendo diferentes formas de terapias ou suporte. A doença mental é, em muitos casos, periódica. As pessoas com doença mental geralmente precisam de intervenções de natureza médica a curto prazo, mas a longo prazo precisam de suporte. Por sua vez, a deficiência intelectual é permanente. As pessoas com deficiência intelectual necessitam de terapias de desenvolvimento, educação e apoio ajustados às suas necessidades para poderem viver incluídos na sociedade.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/>>)

¹⁹ Disponível em: https://www.cdc.gov/ncbddd/actearly/pdf/parents_pdfs/IntellectualDisability.pdf. Acesso em 10/10/2016.

2.2 PERSPECTIVAS DAS ESFERAS IMPACTADAS PELA DEFICIÊNCIA INTELECTUAL.

Tradicionalmente, foi sustentado que as causas dos transtornos mentais que surgiam em deficientes intelectuais, eram, nos mais diversos aspectos, as mesmas que acometiam indivíduos sem essas deficiências. Todavia, a experiência clínica desenvolvida pelo Royal College of Psychiatrists, através do Diagnostic Criteria for Psychiatric Disorders for Use with Adults with Learning Disabilities²⁰, apontou em outra direção.

De acordo com este critério, nada impede que um deficiente intelectual apresente os mesmos problemas mentais que uma pessoa não deficiente. Sem embargo, devido ao seu baixo desenvolvimento cognitivo, habilidade de comunicação reduzida, riscos de danos físicos e doenças associadas, nos deficientes intelectuais, ditos problemas se manifestarão predominantemente na forma de alteração comportamental e reflexos físicos.

No mesmo estudo, foi constatado que, em termos quantitativos e qualitativos, as doenças mentais afetam mais gravemente os deficientes intelectuais, de maneira diretamente proporcional à sua deficiência. A American Psychiatric Association aplica o termo “Diagnóstico Dual” para a coexistência simultânea dos sintomas de ambas, da deficiência intelectual e da enfermidade mental.

Conclui-se, desta forma que a manifestação clínica de um transtorno, sua gravidade e o comprometimento de determinada função do corpo, não podem ser deduzidas como resultado de uma causa única, mas sim da interação entre fatores internos (biológicos e psicológicos) e externos (sociais). Entre as mais variáveis maneiras de analisar os grupos de fatores que interagem entre si e determinam a adaptação psicossocial do indivíduo, é apropriado, ao objetivo do presente estudo, analisá-los sob três perspectivas específicas, que serão analisadas adiante.

Sob uma abordagem interna, associa-se as limitações de uma pessoa com deficiência intelectual, a sua identidade subjetiva, ou seja, a maneira como o próprio indivíduo se enxerga.

A maioria dos deficientes intelectuais é consciente de sua deficiência e da rejeição sofrida em decorrência dela. Inobstante, devido a essas mesmas deficiências, especialmente à baixa autoestima e à capacidade comunicativa atenuada, estes sujeitos encontram problemas em controlar impulsos e desenvolver estratégias para enfrentar os problemas, tendendo a

²⁰ Disponível em <<http://www.rcpsych.ac.uk/usefulresources/publications/collegereports/op/op48.aspx>>. Acesso em 10/10/2016

interiorizá-los e a transformá-los gradualmente em doenças mentais (LUCKASSON et al., 2002). As condutas inapropriadas e fora do padrão aumentam o desprezo social e a estigmatização dos deficientes intelectuais, que, por sua vez, podem levar a uma depressão, criando um círculo vicioso de causa e consequência.

Desta feita, os traços de personalidade que predispõe a contração de doenças mentais, sob um enfoque psicológico da deficiência intelectual, são: intolerância às frustrações; problemas de comunicação; mecanismos de defesa e de suposta solução de problemas inadequados, além da limitação de mobilidade e do pleno uso dos sentidos (Link et al., 1987).

As pessoas com deficiência intelectual estão, normalmente, submetidas a mais situações de stress do que as pessoas não deficientes, ainda que isso não seja um cenário explícito. É recorrente a expectativa de um comportamento de conformidade e de submissão dos deficientes que vivem em grupo e que tiveram a expressão verbal afetada, por exemplo, de forma que os seus eventuais comportamentos explosivos, podem denotar apenas uma maneira de transmitir seus sentimentos ou de demonstrar algum controle.

A fim de exemplificar dito desvio comportamental com um grupo amostral amplificado, é mister trazer ao debate a situação dos indivíduos condicionados por uma deficiência intelectual leve que, embora relativamente capazes, nos termos das recentes alterações ao Código Civil vigente, frequentemente lhes é vetada a tomada de decisões sobre sua própria vida. Fruto de uma rotulação indevida, que leva à generalização e ao não reconhecimento das habilidades de cada um, a invalidez total atribuída aos deficientes é um erro mais propício de ser cometido pelas pessoas que têm maior contato com eles, como seus pais e cuidadores.

Neste diapasão, faz-se mister destacar as pesquisas realizadas pelo Instituto Andaluz de Salud Mental de Andalucía²¹, no qual foram examinadas as atitudes dos profissionais da rede de saúde assistencial pública frente aos enfermos mentais:

Un 88% de la población asistencial no manifestaba el estereotipo de peligrosidad de las personas con enfermedad mental. Un 1,5% de los profesionales encuestados opinaba que la mejor manera de manejar a los pacientes psiquiátricos era tenerlos encerrados. La práctica totalidad consideraba que las personas con enfermedad mental son capaces de realizar trabajos de cierta dificultad (92%). Pero un 12% consideraba que no debería permitirse el matrimonio a personas que alguna vez han estado en hospitales psiquiátricos, un 38% que debería evitarse que tuvieran hijos y un 28% que no deberían votar. Por otro lado, el 97% de los profesionales opinaba que las personas con enfermedad mental tenían derecho a elegir el lugar de

²¹ Disponível em:

<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_smental_2016> Acesso em 10/10/2016.

residencia, aunque un 8% reconocía el derecho de los vecinos a oponerse a que se instalaran en su vecindario.²²

A discrepância entre a forma de tratamento e a realidade podem provocar expectativas irreais e inapropriadas, além de superproteção e desprezo em face dos deficientes intelectuais. As situações fatídicas, portanto, que tendem a ocasionar a soma de uma enfermidade mental a uma deficiência intelectual, podem ser exemplificadas através das situações seguintes: problemas nas relações familiares; cansaço e stress dos cuidadores; falta de apoio emocional; abuso de autoridade ou sexual, pela vulnerabilidade de quem sofre o abuso; cerceamento da autonomia exercível pelos deficientes, mudanças drásticas na realidade, como a morte de um dos genitores, ou mudanças menores, porém repentinas (Corrigan, 2004).

Outro aspecto que não deve ser olvidado é que, embora as pessoas do convívio social do deficiente intelectual estejam atentas a todos os fatores já mencionados, há medidas que devem ser tomadas a níveis governamentais e legais. Isso porque o escasso acesso a serviços de saúde ou a demanda laboral que sobreponha a real capacidade do trabalhador com deficiência, podem desencadear também, além de outros problemas mais óbvios, o aparecimento de doenças mentais.

2.3 REFLEXÕES SOBRE OS MODELOS BIOMÉDICO, SOCIAL E BIOPSIKOSSOCIAL DA DEFICIÊNCIA.

Vivenciar um corpo com limitações físicas, sensoriais ou cognitivas faz parte da vida de pessoas com deficiência e é uma das muitas formas de estar no mundo. Conforme preleciona Silvers (1998), a categoria denominada deficientes, composta por indivíduos com impedimentos físicos, cognitivos ou intelectuais é um conceito recente criado na primeira metade do século XX para denominar coletivamente estes sujeitos.

Contudo, para muitos a deficiência intelectual ainda é compreendida como um episódio de má sorte pessoal de alguém que habita um corpo “anormal” por conta de um

²² 88% da população assistida não mostrava o estereótipo da periculosidade das pessoas com doença mental. 1,5% dos profissionais pesquisados sentiram que a melhor maneira de lidar com pacientes psiquiátricos era mantê-los encarcerados. Praticamente a totalidade acreditava que as pessoas com doença mental são capazes de realizar trabalho com alguma dificuldade (92%). Porém 12% considerava que não deveria ser permitido o casamento de pessoas que já estiveram em hospitais psiquiátricos, 38% acham que deve ser evitado que tenham filhos e 28% que não deveriam votar. Por outro lado, 97% dos profissionais opinavam que as pessoas com doença mental têm o direito de escolher o local de residência, embora 8% reconhecia o direito dos moradores de se opor que se instalem em seu bairro. (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

problema médico, pensamento influenciado por uma expectativa biomédica de padrão de funcionamento da espécie.

2.3.1 Modelo biomédico: o corpo como um destino à exclusão.

O modelo biomédico ou modelo médico tradicional tem sua gênese nos avanços da medicina no século XVIII, momento em que se buscava a reabilitação dos feridos de guerra daquela época, readaptando-os a outras funções militares. Neste sentido, a ciência quebra o paradigma do misticismo em relação a causa das deficiências, empreendendo esforços para a cura das patologias existentes.

Para Annandalle (1998), o modelo biomédico é uma consequência da teoria mecanicista do universo, de pensadores como Galileu, Descartes e Newton. Ou seja, o mencionado modelo surge da ideia de que o ser humano é uma máquina, a qual está submetida a um padrão de normalidade e funcionamento, e quando possui alguma enfermidade ou alterações físicas, sensoriais ou cognitivas, é sinal que a “máquina” está defeituosa.

Neste sentido, Agustina Palácios (2008) assevera que já na primeira metade do século XX as pessoas com deficiência intelectual eram vistas como uma ameaça à saúde e inteligência das gerações futuras. Como consequência da ideologia do modelo em comento, ditas pessoas eram internadas em instituições para tratamento e reabilitação, sob o fundamento de que tal medida serviria para o próprio bem destas pessoas e para que não continuem sendo um fardo para sociedade.

Esta visão mecanicista do ser humano, tratando o corpo saudável como aquele sem doenças ou limitações, encerra a visão holística do indivíduo no que diz respeito aos caracteres psicológicos e sociais, pois no primeiro plano encontra-se a deficiência da pessoa, e esta é condicionada ao papel passivo de paciente. Por conseguinte, busca-se tratar a enfermidade ou limitação a fim de alcançar um padrão de normalidade das funções físicas, intelectuais e sensoriais, como se em todos os casos isto fosse possível de acontecer. Nestes termos, Thomas (2002) aduz que o sucesso do tratamento dos impedimentos é medido a partir do grau de normalidade atingido.

Depreende-se, por tanto, que o modelo biomédico da deficiência trata a pessoa com deficiência como alguém que necessita da intervenção dos saberes biomédicos, a partir de uma classificação dos impedimentos do ponto de vista exclusivamente médico, tratando as ditas limitações como desvantagens naturais indesejadas, passíveis de cura ou reabilitação,

tratamentos estes que têm o objetivo de sanar as “anormalidades”. Percebe-se, por conseguinte, que há dentro do modelo em estudo uma visão dicotômica a partir do normal e do patológico, consubstanciada através da ideia de tratamento e restauração de uma pessoa com algum tipo de deficiência, a fim de propiciar a oportunidade de viver uma vida ‘normal’.

Nesta senda, Agustina Palácios (2008, p.66) assevera que os pressupostos fundamentais do modelo em comento são dois:

En primer lugar, las causas que se alegan para justificar la discapacidad ya no son religiosas, sino que pasan a ser científicas. En este modelo ya no se habla de dios o diablo, divino o maligno, sino que se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad. En segundo lugar, las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles respecto de las necesidades de la comunidad, sino que ahora se entiende que pueden tener algo que aportar, aunque —como se verá— ello en la medida en que sean *rehabilitadas* o *normalizadas*. Desde la visión prevaleciente en este modelo, entonces, se considera que la persona con discapacidad puede resultar de algún modo *rentable* a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación o normalización —y, esto significa, en definitiva—, supeditarla a que la persona logre asimilarse a los demás —válidos y capaces— en la mayor medida de lo posible.²³

Assim, tem-se a deficiência como uma limitação corporal, traduzida em desvantagem natural, a qual impede que os sujeitos interajam em sociedade. Por isso, para este modelo, os esforços devem se concentrar na reparação dos impedimentos corporais, com o objetivo de alcançar um padrão de funcionamento típico à espécie. Nos dizeres de Bonfim (2009) e Barnes *et al* (2002), o modelo em testilha trata a deficiência como uma condição trágica que nenhum indivíduo em sã consciência gostaria de preservar. No mesmo sentido, Diniz *et al* (2009, p.67) faz a seguinte crítica:

Os impedimentos corporais são classificados como indesejáveis e não simplesmente como uma expressão neutra da diversidade humana, tal como se deve entender a diversidade racial, geracional ou de gênero. Por isso, o corpo com impedimentos deve se submeter à metamorfose para a normalidade, seja pela reabilitação, pela genética ou por práticas educacionais.

²³ “Em primeiro lugar, as causas que se alegam para justificar a deficiência já não são religiosas, mas passaram a ser científicas. Neste modelo já não se fala de deus ou diabo, divino ou maligno, mas a diversidade funcional é tratada em termos de saúde ou doença. Em segundo lugar, as pessoas com deficiência já não são conceituadas inúteis no que diz respeito às necessidades da comunidade, mas agora entende-se que elas podem ter algo a contribuir, embora - como se verá - na medida em que sejam reabilitadas ou curadas. A partir da visão predominante neste modelo, então, considera-se que a pessoa com deficiência pode resultar de algum modo rentável à sociedade, mas dita rentabilidade está sujeita a reabilitação ou cura - e isso significa, definitivamente - , submeter a pessoa a conseguir alcançar os demais - válidos e capazes - na medida do possível.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

Destarte, o modelo em estudo considera as limitações físicas, sensoriais e cognitivas a causa da desigualdade social e das desvantagens experimentadas pela pessoa com deficiência, visto que a plataforma de atuação do modelo em testilha no âmbito da deficiência é exclusivamente terapêutica e reabilitadora, a partir de um diagnóstico médico que prevalece sobre qualquer aspecto de cunho social ou emocional, desconsiderando o papel das estruturas sociais no processo de marginalização das pessoas com deficiência.

O mencionado modelo não considera as barreiras sociais, atitudinais e ambientais que envolvem aquela condição. Pelo contrário, o modelo biomédico da deficiência defende uma relação de interdependência entre o corpo com impedimentos e a exclusão social experimentada pela pessoa com deficiência, ou seja, experiências de desigualdade como a segregação, a baixa escolaridade e o desemprego, são frutos da incapacidade do corpo com impedimentos para a atividade laboral, trazendo a trágica ideia de que a pessoa que possui um corpo com limitações intelectuais, por exemplo, está relegada a exclusão.

2.3.2 Modelo Social: a deficiência como resultado da opressão ao corpo com impedimentos.

O modelo em testilha surgiu nos anos 1960 no Reino Unido, através de fortes críticas ao modelo biomédico e tendo como plataforma de atuação a visão sociológica da deficiência. Michael Oliver (1990), comenta que o modelo social inicia sua trajetória quebrando o paradigma tradicional de compreensão da deficiência, utilizada pelo modelo biomédico, ao retirar do indivíduo a causa da desigualdade vivenciada pelas pessoas com deficiência, e devolvendo-a à sociedade.

Ou seja, o modelo social se posiciona de forma crítica ao modo de tratamento segregador em relação as pessoas com deficiência promovido pela sociedade, a qual desconsidera a diversidade das pessoas e exclui as pessoas com deficiência de meios sociais e políticos.

Neste sentido, Agustina Palacios (2008, p.103), aduz que a gênese do modelo social se baseia em dois pressupostos fundamentais:

En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. En cuanto al segundo supuesto —que se refiere a la utilidad para la comunidad— se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al

menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas —sin discapacidad—. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia.²⁴

Destas premissas verifica-se que a sociedade pode ser considerada um instrumento de segregação, na medida em que impõe às pessoas com deficiência barreiras de acessibilidade, institucionais e atitudinais. Ou seja, o modelo em estudo evidencia a opressão e discriminação sofrida pela pessoa que possui algum tipo de deficiência em ambientes com barreiras, mostrando que a deficiência não se resume aos impedimentos, mas está intrinsicamente relacionada com as barreiras sociais supramencionadas.

Para Diniz *et al* (2009, p.69), esta resistência à redução da deficiência aos impedimentos, “ofereceu novos instrumentos para a transformação social e a garantia de direitos. Não era a natureza quem oprimia, mas a cultura da normalidade, que descrevia alguns corpos como indesejáveis.” Assim, sobre o olhar do modelo social, tem-se a deficiência como uma forma de opressão social, resultado de uma visão incapacitante da deficiência pela sociedade, transferindo para esta a verdadeira limitação, na medida em que é incapaz de garantir adequadamente que as necessidades de todas as pessoas com deficiência sejam atendidas dentro da organização social.

Neste ínterim, Oliver (1990) observa que há uma estrutura social incapaz de responder às necessidades das pessoas com limitações, as quais experimentam a deficiência como uma restrição social, na medida em que se deparam com ambientes inacessíveis, falta de materiais em braile nos estabelecimentos públicos e privados, inabilidade da população quanto ao uso da linguagem de sinais, e com as atitudes hostis e segregadoras das pessoas que não possuem deficiência.

A transferência das limitações impostas à deficiência, retirando a desigualdade do corpo e demovendo para as estruturas sociais, revela a fragilidade do discurso biomédico que, ao considerar um corpo com impedimentos como anormal, trata a intervenção médica como a única resposta social apropriada e alternativa para o bem-estar das pessoas com deficiência.

²⁴ “Em primeiro lugar, alega-se que as causas da deficiência não são nem religiosas, nem científicas, mas sociais, ou pelo menos predominantemente sociais. Segundo os defensores deste modelo, não são as limitações individuais as raízes do problema, mas as limitações da própria sociedade, para fornecer serviços adequados e garantir adequadamente que as necessidades das pessoas com deficiência sejam levadas em conta na organização social. Quanto ao segundo pressuposto—que se refere à utilidade para a comunidade— considera-se que as pessoas com deficiência têm muito a contribuir para a sociedade, ou pelo menos, a contribuição será na mesma medida que outras pessoas—sem deficiência—. Assim, partindo da premissa de que toda a vida humana é igualmente digna, a partir do modelo social se argumenta que o que as Pessoas com Deficiência podem contribuir para a sociedade está intimamente relacionado com a inclusão e aceitação da diferença.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

Revela também que a deficiência não pode ser relegada ao âmbito familiar, muitas vezes de abandono e enclausuramento, pois, assim como obtempera Nussbaum (2012), a partir do modelo social o tema deficiência deixou de ser matéria da vida privada ou do cuidado na vida doméstica e familiar, mas uma questão de ordem pública, de justiça social.

A adoção do modelo social quebra o paradigma de que alterações físicas, sensoriais e cognitivas, traduzidas em deficiência, são um problema trágico de indivíduos que não tiveram sorte. Nesta senda, na lição de Oliver & Barnes (1998), a partir da aplicação do modelo em comento, a deficiência passa a ser considerada como uma situação de opressão e segregação social, para a qual a única resposta apropriada é a ação política. Na lição de Shakespeare (2006), percebe-se a partir deste modelo que o ‘problema’ não reside na pessoa, nem tão pouco nas suas limitações, sejam elas de ordem física, sensorial ou cognitiva, pois a deficiência possui claramente contornos sociais, e é o resultado da falha da sociedade em eliminar as barreiras que levam a exclusão.

A gênese de um novo arquétipo não significa ignorar a importância dos saberes biomédicos, bem como dos avanços científicos que propiciam melhoria do bem-estar das pessoas com deficiência, pelo contrário, pois o cuidado das necessidades de saúde constitui direito universal. Consubstanciando, Kittay (1998, p.9) aduz que “pessoas com impedimentos corporais sentem dor, adoecem, e algumas necessitam de cuidados permanentes”. Todavia, o modelo social pretende mostrar que a deficiência é um fenômeno social, e, ao invés da adoção de processos de cura e tratamento para tentar extirpar as lesões ou incapacidades, o que deve haver é a modificação das estruturas que provocam ou potencializam a deficiência.

Através do modelo social vem à tona um novo significado do que é habitar um corpo com limitações, as quais se constituem em estilos de vida para quem as experimentam. O modelo em testilha também se apresenta como um marco, a partir do qual as pessoas com deficiência passam a ter a oportunidade de serem protagonistas de suas próprias escolhas, retomando o controle de suas vidas, participando de forma mais ativa na tomada de decisões.

Como dito, o modelo social não deixou de reconhecer a importância dos avanços biomédicos, ao passo em que, a partir do modelo descrito neste tópico, surge o modelo biopsicossocial, uma nova vertente de abordagem da deficiência, que reconhece sua complexidade ao articular fatores sociais, biológicos e psicológicos, onde cada fator age sobre e sofre a ação dos demais, e todos sendo influenciados pelo fator ambiental. De acordo com a World Health Organization (WHO) – Organização Mundial de Saúde (OMS) – a vertente biopsicossocial analisa a pessoa com deficiência através de perícia médica e social, aliado ao

exame dos impedimentos corporais de longo prazo ante as barreiras sociais, ambientais e atitudinais existentes.

2.3.3 A substituição gradativa do modelo biomédico pelo modelo biopsicossocial da deficiência

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), pertencente ao grupo das classificações internacionais desenvolvida pela Organização Mundial da Saúde, tem como objetivo final proporcionar uma estrutura de trabalho e linguagem padronizada, a fim de descrever a saúde e os estados a ela relacionados.

Conforme a própria apresentação do documento prevê, a CIF é uma das manifestações do interesse generalizado crescente pela humanização dos serviços de saúde, o qual tem influência propulsora no movimento que busca incorporar os aspectos psicossociais ao modelo puramente biomédico. Introdutoriamente, a Classificação de Funcionalidade dispõe:

A CIF transformou-se, de uma classificação de “consequência da doença” (versão de 1980) numa classificação de “componentes da saúde”. Os “componentes da saúde” identificam o que constitui a saúde, enquanto que as “consequências” se referem ao impacto das doenças na condição de saúde da pessoa. Deste modo a CIF assume uma posição neutra em relação à etiologia de modo que os investigadores podem desenvolver inferências causais utilizando métodos científicos adequados. De maneira similar, esta abordagem também é diferente de uma abordagem do tipo “determinantes da saúde” ou “fatores de risco”. Para facilitar o estudo dos determinantes ou dos fatores de risco, a CIF inclui uma lista de fatores ambientais que descrevem o contexto em que o indivíduo vive (2004, p. 04)

Observa-se que determinadas posições sustentadas pelo núcleo da OMS, guardam estreita relação com a essência da CIF, especialmente porque esta se dispõe à análise dos “componentes da saúde”, não restringindo o seu alcance ao funcionamento biomédico. Nítida se faz, portanto, a harmonia entre tal finalidade classificatória e a visão da OMS sobre saúde, ressaltando o conceito por ela trazido: “Saúde um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.

Neste panorama, observa-se uma substituição gradual do modelo biomédico para o modelo integrador, ou biopsicossocial da deficiência. Entende-se por aquele, como o estudo da deficiência de forma a serem estabelecidas barreiras disciplinares, onde o paciente fica dividido entre as especialidades médicas, consideradas individualmente. Sobre o tema, Pickard *et al* (2010) leciona que o modelo médico está embasado na integração das

descobertas clínicas e os dados de laboratório com as inovações trazidas no campo da anatomia patológica.

Deste modo, o autor sustenta que este modelo criou uma estrutura para que as enfermidades examinadas, classificadas e tratadas e que, a partir desta orientação, puramente patologista, seria possível definir saúde como a ausência de enfermidades – conceito diametralmente oposto ao declarado pela OMS.

A Classificação Internacional de Funcionalidade ainda consagra sua própria definição do modelo biomédico, *in verbis*:

O modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado diretamente pela doença, trauma ou outro problema de saúde, que requer assistência médica sob a forma de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade têm por objetivo a cura ou a adaptação do indivíduo e mudança de comportamento. A assistência médica é considerada como a questão principal e, a nível político, a principal resposta é a modificação ou reforma da política de saúde (2004, p. 21).

O modelo imediatamente retratado ainda é o mais utilizado nacional e internacionalmente, embora este cenário venha sofrendo alterações - não devido a alterações legislativas – mas por configurar um resultado lógico da descoberta de novos fatos e seus consequentes resultados. A transição entre um modelo e outro é um processo gradual de mudança a uma maneira diferente de pensar, de forma contextual (e não linear), que sistematicamente inclua o observador e o observado, de forma que são implicados níveis múltiplos de alteração na educação médica.

Ditas alterações tem sido refletidas na busca, não só dos mais diversos ramos da medicina, como também no plano jurídico, que tem caminhado em direção a um modelo integrador da deficiência, podendo este ser expressado pela análise multidimensional do indivíduo, consistindo em uma visão coerente da perspectiva de saúde biológica, individual e social.

A Classificação Internacional de Funcionalidade também não se absteve de trazer a sua ótica a respeito do modelo social, apregoando que:

O modelo social de incapacidade considera a questão principalmente como um problema criado pela sociedade e, basicamente, como uma questão de integração plena do indivíduo na sociedade. A incapacidade não é um atributo de um indivíduo, mas sim um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social. Assim, a solução do problema requer uma ação social e é da responsabilidade coletiva da sociedade fazer as modificações ambientais necessárias para a participação plena das pessoas com incapacidades em todas as áreas da vida social. Portanto, é uma questão latitudinal ou ideológica que requer mudanças

sociais que, a nível político, se transformam numa questão de direitos humanos. De acordo com este modelo, a incapacidade é uma questão política (2004, p. 22).

Segundo Anaí Stelmachuk (2014), este modelo, que não se limita à questão médico orgânica do paciente, e que impõe na equação analítica da deficiência as demais áreas da vida de um ser humano como um todo, é consequência dos movimentos sociais surgidos nas décadas de 1960 e 1970, no bojo das lutas pelos direitos humanos e respeito à diversidade.

Impende salientar que a corrente adotada pela CIF foi mista, optando, portanto, pela mescla dos dois modelos expostos alhures, o que resultou na combinação denominada de modelo biopsicossocial. Este posicionamento, que visa a integração das várias perspectivas de funcionalidade, também foi validado pelo Estado brasileiro, que internalizou a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado nacionalmente com status equivalente a emenda constitucional.

A Convenção compartilha o mesmo âmago que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e o seu intento de redefinir conceitos e reiterar objetivos, se deu, entre outros motivos, indubitavelmente pela efetiva participação das pessoas com deficiência na definição de políticas públicas. Entre as conquistas almejadas, está o de efetivar o modelo biopsicossocial, de modo a integrar a pessoa com deficiência em todos os segmentos sociais. A referida Convenção traz de forma universalista a inclusão das pessoas com deficiência nas diversas segmentações sociais, e não apenas respaldá-las no âmbito biomédico, porquanto a educação cultural de que os indivíduos constituintes dessa minoria são seres humanos em todas as suas dimensões, está, ainda que intempestivamente, se enraizando na mentalidade brasileira política e social.

3 BREVE HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A história da humanidade aduz diversos episódios em que o indivíduo pertencente a um determinado grupo social era tratado de forma discriminatória e, em certos casos, de maneira cruel ou degradante pelo simples fato de possuir alguma característica diferente do padrão cultural estabelecido ou mesmo devido a interesses políticos.

3.1 BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Waldir Macieira da Costa Filho (2012) ensina que em povos primitivos as pessoas com deficiência eram tratadas como coisas, expostas à população como animais ou monstros, sendo ridicularizadas pela sociedade em função de uma deficiência, a exemplo do que ocorria na sociedade asteca. Na Grécia, ao tempo de Licurgo, crianças eram examinadas ao nascer por um conselho de anciãos e, caso constatado que possuía alguma deficiência, tais pessoas eram condenadas à morte, sendo atiradas do alto do monte Taigeto, abismo com mais de 2.400 metros de altitude, próximo da cidade espartana. Por sua vez, na Roma antiga, em face da Tábua IV da Lei das XII Tábuas, o filho nascido monstruoso deveria ser morto imediatamente e, em virtude deste sistema normativo, era comum que crianças deficientes fossem jogadas às margens dos rios para serem mortas.

Na cultura dos povos supramencionados, o tratamento destinado às pessoas com deficiência por vezes estava ligado à ideia de sobrevivência. A deficiência era considerada empecilho ao desenvolvimento daquelas sociedades, entretanto, ainda na antiguidade era possível identificar povos que percebiam a pessoa com deficiência como necessitadas de proteção, lhes sendo garantida tutela em função do desejo de agradar deuses, como gratidão pelos esforços em guerras ou mesmo em face de própria evolução moral e social.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2000) esclarece que os hindus sempre consideraram pessoas cegas com sensibilidade mais aguçada ao exercício de importantes funções religiosas. Já para os atenienses, por influência do pensamento aristotélico, os doentes e deficientes eram protegidos, inclusive, por meio de um sistema análogo ao de previdência social, em que todos contribuía para a manutenção dos heróis de guerra e de suas famílias. Igualmente, os romanos ao tempo do império realizavam as mesmas ações análogas.

Na Idade Média, sob a influência do Cristianismo, senhores feudais amparavam deficientes e doentes em casas de assistência por eles mantidas e, mesmo após o declínio do

período feudal, paulatinamente a ideia de que a pessoa com deficiência poderia ser engajada na sociedade foram sendo disseminadas, por exemplo, inserindo-as no sistema de produção. Já na França de Henrique II, instituiu-se em 1547 uma forma de assistência social obrigatória para amparar deficientes, através de coletas de tributos, entretanto, com o pensamento renascentista, a visão assistencialista cedeu lugar à postura profissionalizante e integrativa da pessoa com deficiência (FONSECA, 2000).

Os exemplos supramencionados dão a noção da evolução relacionada à tutela da pessoa com deficiência. Na verdade, eles refletem a própria evolução histórica do reconhecimento da posição proeminente que a pessoa humana ocupa no mundo. Fábio Konder Comparato (2013) aduz que a percepção desta posição levou à construção da ideia de que nenhum indivíduo pode afirma-se superior aos demais, pois, são iguais em dignidade, ou seja, a percepção de que há certos direitos inatos do ser humano, independentemente de suas características.

O reconhecimento da posição eminente supramencionada sofreu influência, em etapas sucessivas, dos campos religioso, filosófico e científico. Comparato (2013) identifica inicialmente este movimento com a difusão da fé monoteísta no início do Período Axial (entre 600 e 480 a.C) em face dos ensinamentos do Profeta Isaías (século VI a.C), notadamente sob a ideia de um Deus único e transcendente, criador de todas as coisas e que estabeleceu a pessoa em posição elevada na ordem da criação.

A transição da justificativa religiosa para a filosófica veio com a difusão de ideias racionalistas (século V a.C) em virtude da manifestação de poetas e filósofos gregos. Neste momento, “*o individuo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade*” (COMPARATO, 2013, p. 21), questionando os mitos religiosos tradicionais e tornando o próprio homem como principal objeto de análise e reflexão, em especial diante da tragédia grega, causadora de grande introspecção da alma humana e que viria a influenciar o pensamento filosófico moderno identificado no racionalismo estabelecido por René Descartes nas obras o “Discurso do Método” (1637) e “Meditações Metafísicas” (1641).

A passagem da justificativa filosofia para a científica sobreveio com os estudos da evolução dos seres vivos à luz do pensamento darwinista. Charles Robert Darwin (1809-1882) propôs mecanismos baseados na seleção natural para explicar a origem, a transformação e a perpetuação das espécies ao longo do tempo, sendo a pessoa humana o ápice de toda esta cadeia evolutiva.

As influências religiosa, filosófica e científica despertaram lentamente a ideia de uma “*igualdade essencial entre homens*” (COMPARATO, 2013), de forma que, das primeiras

influências do período axial até a declaração, por uma totalidade de povos, de que todas as pessoas nascem iguais em dignidade e direitos, decorreram vinte séculos quando da edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Durante este longo lapso temporal, a pessoa humana foi sendo percebida lentamente como sujeito de direitos a serem respeitados pelo simples fato de sua humanidade²⁵.

Neste sentido, século XX assistiu a afirmação da “era dos direitos humanos” e, conforme aduzido por Norberto Bobbio (2004), nasceram como direitos naturais universais, desenvolvendo-se posteriormente como direitos positivos particulares (direitos fundamentais incorporados nas Constituições) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.

A evolução dos direitos humanos, com a noção de igualdade entre homens em dignidade, resulta da própria evolução do conceito de pessoa. Comparato (2013) identifica quatro fases no que concerne à elaboração deste conceito para que se chegasse ao atual reconhecimento de uma categoria geral.

A primeira fase na elaboração do conceito de pessoa corresponde ao reconhecimento, no período axial, da existência de uma igualdade à luz de uma manifestação da divindade, isto devido a um dever sagrado de observância de regras aplicáveis a todos em função de normas religiosas, como exemplo daquelas estabelecidas por Deus ao povo judeu à época do profeta Isaías, contudo, a fonte deste reconhecimento no período em comento nem sempre advinha de fonte religiosa. Na Grécia, por exemplo, a própria lei escrita era o antídoto contra o arbítrio governamental e a disseminação de um sentimento de igualdade entre homens, buscando-se como fonte de inspiração normativa a própria natureza ou, para alguns, conceitos de ordem metafísica, como a distinção entre o “corpo” e “alma”, o primeiro tão somente um instrumento para exercer uma função social (*prósopon*) e a segunda conteria a essência do ser humano aduzindo uma ideia de igualdade.

A igualdade entre homens ganhou novos contornos à luz do pensamento de Boécio no século VI, marcando a segunda fase na construção da ideia de pessoa, que agora não era considerada uma exterioridade em face do papel social que exercia (*prósopon*), mas a própria substância do homem no sentido aristotélico. Tal ideia influenciou o pensamento medieval, bem como o reconhecimento de um direito natural que não poderia ser afrontado por leis escritas, ratificando direitos inatos e a noção de igualdade.

²⁵ Fator crucial nesta construção história foi o desenvolvimento da escrita e, por conseguinte, de códigos normativos, leis escritas que permitiram o desenvolvimento da sociedade política, o reconhecimento de direitos da pessoa humana e a limitação do poder contra o arbítrio governamental

A terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais é marcada pela filosofia kantiana. Neste sentido, pessoa seria aquele que possui a faculdade de agir segundo a representação de normas jurídicas, ou seja, um ser racional capaz de exprimir sua vontade. Immanuel Kant (1724- 1804) desenvolve a ideia de que coisas possuem um valor relativo e isto se contrapõe à ideia de dignidade humana que possui um valor absoluto. Disto decorre que o “*homem possui dignidade e não um preço, como as coisas*” (COMPARATO, 2013). Por conseguinte, o homem seria um fim em si mesmo, contudo, deveria considerar os fins das outras pessoas como seus, revelando um dever negativo de não prejudicar outrem, bem como um dever positivo de favorecer a felicidade alheia.

A quarta fase na construção da ideia de pessoa, segundo Comparato pode ser resumida na compreensão de que esta “é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas (...) é, ao mesmo tempo, legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas” (2013, p.38). Neste sentido, importa ao homem valorar aquilo que é relevante para a convivência humana sem os quais a própria sociedade extinguiria, logo, os direitos humanos representariam os valores de maior importância e, desta percepção nasce o reconhecimento da igualdade entre pessoas. Desta forma, as preferências de bens de vida, fundadas na liberdade individual, informam que diante da vontade da pessoa (poder de agir, de se autodeterminar) o “mundo das normas” reflete a ética de um modo geral. Desta forma, não é em função de um direito natural que as pessoas seriam iguais, mas de um complexo sistema axiológico, uma escala de valores, pensamento que influenciaria a toda teoria jurídica contemporânea, tendo os direitos humanos o maior grau de relevância dentro desta perspectiva.

Por fim, a quinta fase na elaboração do conceito de pessoa tem fundamento na “filosofia da vida e no pensamento existencialista”, reação à crescente despersonalização do homem em face da “mecanização e burocratização da vida em sociedade no século XX”. Neste sentido, houve o resgate da percepção de que a pessoa não é o papel que exerce na sociedade, mas um ser que possui uma “identidade singular”, ou seja, sua essência não corresponde à sua exterioridade. Noutro sentido, outros pensadores refletiam a ideia de que o homem é produto do meio social em que está inserida, logo, a “realidade é a pessoa imersa no mundo”, conforme pensamento de Ortega y Gasset, ou a característica essencial da pessoa é o “ser-no-mundo”, conforme Heidegger (COMPARATO, 2013). Mais recentemente o pensamento filosófico aduziu um novo paradigma: a ideia de que o homem é um ser em evolução, corroborada por descobertas científicas, notadamente na área da Biologia.

As consequências desta quinta etapa na elaboração do conceito de pessoa humana foram de grande relevância para a teoria jurídica (em geral) e para o sistema de direitos humanos (em particular), influenciando o atual pensamento de que homem é um ser único, insubstituível, emergindo o pensamento de que sua dignidade existe singularmente, em cada indivíduo.

A evolução do conceito de pessoa humana sofreu grande impacto em face das duas grandes guerras, especialmente, o período posterior a 2ª Guerra mundial em que foram ceifadas centenas de vidas, principalmente daquelas pessoas que possuíam alguma limitação humana em face da política antisemita de Adolf Hitler.

O resultado da 2ª Guerra provocou reflexões profundas diante dos horrores cometidos pelo Nazismo em que práticas discriminatórias foram levadas ao extremo, causando perplexidade diante da irracionalidade das ações dos líderes daquele movimento. Deste terrível cenário, novas ideias emergiram e um novo paradigma surgiu em relação ao reconhecimento de direitos da pessoa humana, uma nova perspectiva jurídica de proteção centrada na ideia de dignidade e igualdade de direitos. Buscava-se não somente de proscurever condutas beligerantes entre países, mas desenvolver uma cultura de direitos e garantias da pessoa humana de forma plena.

No momento pós-guerra, a percepção da pessoa humana à luz de uma singularidade, caracterizada pela sua dignidade, passou ao centro de debate das relações em sociedade. Neste sentido, ensina Flávia Piovesan:

O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal – uma vez que o legado do nazismo pautou-se na diferença como base para as políticas de extermínio, sob o lema da prevalência e da superioridade da raça pura ariana e da eliminação das demais. (2012, p. 31)

Com efeito, a 2ª Guerra inaugurou uma nova perspectiva, sendo marco histórico no sentido de construção e internacionalização dos direitos humanos, partindo da premissa que o primeiro direito humano é o próprio “*direito a ter direitos*”, segundo a terminologia de Hannah Arendt.

Assim, a produção legislativa sobre a tutela dos direitos humanos, bem como sobre grupos vulneráveis ganhou nova dimensão no cenário internacional, com reflexo na ordem interna dos Estados. Por conseguinte, o alvo era avançar no sentido de assegurar uma igualdade entre pessoas, não somente de modo formal, mas, sobretudo de forma substancial,

resgate do pensamento aristotélico de uma igualdade material e que considerada a pessoa e suas limitações.

Flávia Piovesan (2012) sintetiza a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em quatro fases. A primeira fase evidenciada pela intolerância associada à dogmática religiosa em que o deficiente era símbolo de “impureza, pecado ou mesmo castigo divino”. Em um segundo momento, a pessoa com deficiência passou da intolerância à fase da invisibilidade, ou seja, tratada com indiferença e sem o devido reconhecimento pessoa, de sujeito de direito. A terceira fase entendida sob uma ótica assistencialista, em que a pessoa com deficiência era possuidora de uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador da enfermidade”, ou seja, uma “perspectiva médica e biológica”. Já a última fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, com ideias de inclusão social, relação da pessoa com deficiência com o meio em que ela se insere, eliminação de entraves de natureza cultural, física ou social que obstem o pleno exercício de direitos.

Verifica-se então que a mudança de paradigma mais recente aponta para um dever estatal de atuar no sentido de mitigar ou eliminar entraves que impeçam o desenvolvimento pleno da pessoa com deficiência à luz da ideia de dignidade humana, de forma que esta possa desenvolver suas potencialidades, ou seja, fomento a uma sociedade inclusiva em que todos possam ter igualdade de oportunidades. Desta forma, importa verificar os caminhos legislativos relacionados ao paradigma supramencionado.

3.2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

O desenvolvimento da tutela de direitos humanos no cenário internacional teve como marco histórico o ano de 1945 em face da 2ª Guerra. Neste sentido, no pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 representou o documento contemporâneo de maior relevo na construção de uma cultura por direitos humanos sob o prisma de igualdade e dignidade, pois, estabeleceu, pela primeira vez, a intenção de uma proteção universal, ou seja, o reconhecimento de que a pessoa, independente de qualquer condição, possui direitos inatos pelo simples fato de ser humana. Assim, para tais direitos surge um dever correlato por parte de outras pessoas ou do próprio Estado no sentido de concretização normativa.

A DUDH inspirou as constituições de diversos Estados e democracias recentes e, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, compõe a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Waldir Macieira da Costa Filho (2012) ensina que com a proclamação da DUDH firmou-se uma nova concepção de direitos humanos, agora fundamentada no reconhecimento da indivisibilidade e da universalidade do direito do homem à igualdade, à liberdade e à dignidade, independentemente de sexo, cor, raça, religião, assim como deste possui alguma deficiência. Nela as ideias de igualdade de direitos e dignidade humana ganharam nova dimensão. Com efeito, para que os direitos humanos não sejam somente escritos em folhas de papel, faz-se necessário esforço conjunto, participação de toda sociedade, devendo o Estado criar os mecanismos jurídicos e extrajurídicos para atender este fim.

O Art. 1º da DUDH dispõe que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). Na sequência, reza o artigo 2º que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). Piovesan (2012) clarifica que tais artigos informam o binômio “igualdade - não discriminação” à luz de uma igualdade formal, mas que impactou todo um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos. Neste sentido, ratifica o artigo 7º que “todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

No plano fático, as discrepâncias substanciais inerentes a cada pessoa informam que a igualdade formal não reflete a necessária proteção para que todos sejam “iguais em dignidade e direitos”, pois, os direitos humanos constituem algo mais que o conjunto de normas formais. Neste sentido, Norberto Bobbio alerta para o atual problema ligado à eficácia social dos direitos humanos:

O problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (2004, p. 43 e 45)

A DUDH impulsionou a construção normativa por uma cultura de direitos humanos, destacando-se aqueles relacionados à pessoa com deficiência. Neste cenário, os Estados foram paulatinamente assumindo deveres e obrigações no sentido de buscar a eficácia social de um conjunto normativo por meio do fomento à inclusão social, igualdade de oportunidades, garantia de acessibilidade, respeito à ideia de diversidade, ou seja, um poder-dever de agir para eliminar ou mitigar entraves à efetivação de uma sociedade justa à luz de uma isonomia material.

A partir da DUDH, diversos diplomas internacionais foram sendo editados versando sobre os direitos da pessoa com deficiência. Assim, cabe perscrutar tais documentos de forma a verificar os avanços conquistados, fruto do próprio processo histórico de reconhecimento do papel do indivíduo no mundo, bem como da evolução na elaboração do conceito de pessoa.

3.2.1 Declaração dos Direitos do Deficiente Mental de 1971

A Declaração de Direitos do Deficiente Mental (DDDM), aprovada pela Resolução nº A/8429 da Assembleia Geral da ONU em 22 de dezembro de 1971, inaugura os esforços para a constituição de uma base normativa e documental de referência para a proteção da pessoa com deficiência, notadamente daquelas com deficiência mental. Nela, declara-se que “*o deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos*” (NAÇÕES UNIDAS, 1971).

O documento chama atenção para a necessidade de ações por parte dos Estados e da comunidade internacional no sentido de dar tratamento isonômico aos deficientes mentais em relação aos direitos ligados à saúde, segurança econômica, inserção no mercado de trabalho, convívio familiar e comunitário, tutela de bens, proteção contra exploração de qualquer natureza, vedação de abuso ou tratamento degradante, dentre outros.

A Declaração de 1971 demonstra a intenção de estabelecer condições para que o deficiente mental possa desenvolver ao máximo as suas capacidades e aptidões, bem como ratifica a existência dos direitos dispostos na Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948 em função do princípio da igualdade de direitos, confirma a garantia de liberdades fundamentais, bem como princípios como o da dignidade e do valor da pessoa humana, representando documento relevante no contexto em que foi publicado, contudo, apesar de sua contribuição, falha em face de direcionar a tutela para uma única espécie de deficiência, ao tratar especificamente do deficiente mental.

3.2.2 Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (DDPD), Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1975, representou grande avanço no sentido de estabelecer normas gerais à toda pessoa com deficiência, superando a tutela específica para deficientes de natureza mental nos termos da Declaração de 1971.

Na DDPD o termo “deficiência” é identificado como gênero, ampliando a tutela para uma gama de pessoas com deficiência em suas capacidades físicas ou mentais, conforme disposto no Art. 1º:

1 - O termo "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, **total ou parcialmente**, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma **deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais**. (NAÇÕES UNIDAS, 1975) (grifo nosso)

O documento ratifica os direitos estabelecidos no diploma de 1971 e amplia o conceito de “deficiência”, acrescenta direitos significativos como a vedação de “*distinção ou discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem social ou nacional, estado de saúde, nascimento ou qualquer outra situação*” (DDPD, Art. 2º), devendo ser garantida às pessoas com deficiência física e mental, independente de origem, natureza e gravidade de suas deficiências, os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade possuem, bem como os mesmos direitos civis e políticos (DDPD, Art. 4º), evidente que consideradas as limitações pessoais.

O diploma ainda positivou direitos ligados à saúde de forma a possibilitar que o deficiente consiga obter “*o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelerem o processo de sua integração social*” (DDPD, Art. 6º), bem como segurança econômica (e social) e um nível de vida decente, inclusive, com a manutenção de emprego, desenvolvimento de atividades úteis, produtivas e remuneradas, assim como a participar de sindicatos (DDPD, Art. 7º).

Na relação familiar, a Declaração aduz que as pessoas deficientes têm direito de viver com suas famílias ou com pais adotivos, assim como de participar de todas as atividades sociais, criativas e recreativas, sendo vedado submetê-las a tratamento diferenciado além daquele requerido por sua condição ou necessidade de recuperação (DDPD, Art. 9º).

Depreende-se da Declaração de 1975 não se pode criar empecilho para a pessoa com deficiência no sentido de que constituam suas próprias famílias, sendo ato discriminatório qualquer entrave estatal, familiar e religioso injustificado.

3.2.3 Convenção 159/85 da OIT

Com o escopo de contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas inerentes às relações laborais envolvendo pessoas com deficiência, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou a Convenção nº159 que dispõe sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.

A Convenção nº159 conceitua a pessoa deficiente como “todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada” (OIT, 1983), corroborando com a Declaração de 1975 no sentido de criar meios para que a pessoa com deficiência física ou mental possa manter relação de emprego, bem como desenvolver atividades laborais em função de uma limitação.

Aplicável a todas as categorias de pessoas deficientes (Convenção 159/85, Art. 4º), o diploma estabeleceu normas a serem observadas pelos Estados no sentido de “permitir que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade” (Convenção 159/85, Art. 1º, item 2). Observa-se a preocupação em se garantir inclusão social à luz do princípio de igualdade de oportunidades (Convenção 159/85, Art. 4º), em sintonia com a DUDH. Para tanto, a Convenção estabelece o convite para que organizações representativas de empregadores e de empregados debatam e proponham “medidas que devem ser adotadas para promover a cooperação e coordenação dos organismos públicos e particulares que participam nas atividades de reabilitação profissional” (Convenção 159/85, Art. 5º).

O Brasil, assim como cada país signatário da Convenção, tem o dever de revisar a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência (Convenção 159/85, Art. 2º), assim como adotar medidas para o desenvolvimento de serviço de reabilitação laboral. Neste sentido, cada Estado, mediante legislação nacional e por outros procedimentos, de conformidade com as condições e experiências nacionais, devem adotar providências para dar efetividade à norma supramencionada, inclusive, para pessoa com deficiência residente em zona rural e em comunidades distantes (Convenção 159/85, Art. 8º).

A conservação do emprego, assim como sua progressão, possibilita que a pessoa especial possua autonomia financeira e poder de tomada de decisão. A partir disto, ter base para desenvolver sua personalidade, constituir família, contrair matrimônio, exercer maternidade e paternidade, ou seja, ter e dar uma vida digna a um núcleo familiar de forma autônoma e independente.

No Brasil a Convenção 159/85 foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 51/89, sendo promulgada em pelo Decreto nº 129/91. Destaca-se que em face da Constituição de 1988, nosso ordenamento jurídico rompeu com o modelo assistencialista aplicado à pessoa com deficiência, entretanto, somente em face da regulamentação da Lei nº 7.853/89²⁶, dada pelo Decreto nº 3.298/99²⁷, nosso Estado editou normas hábeis a integrar este grupo de vulneráveis no mercado de trabalho.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2008) esclarece que o Decreto 3.298/99 avançou em aspectos conceituais no sentido de suplementar a Lei 7.853, que não definira as deficiências hábeis a gerar a proteção jurídica por ela almejada. De forma concisa, o autor aduz que a legislação brasileira em favor da pessoa com deficiência no trabalho pode ser evidência nos seguintes dispositivos: artigo 7º, XXXI, da CF/88, que veda discriminação para admissão e remuneração em razão de deficiência; artigo 37, VIII, da CF/88 garante reserva de vagas na Administração Direta e Indireta.

Em temas de legislação infraconstitucional, destaca: a Lei nº 7.853/89, que assegura no artigo 2º uma política pública de acesso ao emprego público e privado; a Lei nº 8.112/90, que estabelece a reserva de 5 a 20% dos cargos da Administração Pública; a Lei nº 8.213/91, que no artigo 93 fixa cotas de 2 a 5% de emprego para pessoas habilitadas ou reabilitadas nas empresas com mais de 100 empregados; e o Decreto nº 3.298/99 que regulamenta as leis anteriores, além do Decreto nº 5.296/04 que regulamenta as leis nº 10.048 e nº 10.098 ambas de 2000, para o transporte público adaptado e remoção de barreiras arquitetônicas.

3.2.4 Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual de 2004

A evolução histórica dos direitos da pessoa com deficiência pode ser percebida ao repensar e remodelar termos e expressões que por vezes estigmatizavam aqueles que

²⁶ Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras 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 dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

²⁷ Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

necessitavam de uma tutela especial. Neste sentido, a expressão “deficiência intelectual” foi empregada como forma de superar marcas negativas para tais pessoas reconhecidas como deficientes mentais.

A substituição da terminologia “mental” para “intelectual” igualmente foi avanço no sentido de diferenciar a “deficiência mental” da “doença mental”, contudo, as discussões nacionais desses conceitos ainda geram calorosos debates, principalmente no tocante à inclusão ou não do termo “psicossocial” no conceito de pessoas com deficiência, conforme anota Laís de Figueiredo Lopes (2014, p.30).

O termo “deficiência intelectual” foi utilizado pela primeira vez em 1995 em face do simpósio Deficiência Intelectual: Programas, Políticas e Planejamento para o Futuro, realizado pela ONU em Nova Iorque, sendo que em 2004 tal conceito foi consagrado, durante o congresso internacional “Sociedade Inclusiva”, realizado pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Este evento culminou com a elaboração da Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual (DMDI) de 6 de outubro de 2004²⁸, diploma que reforçou diversos direitos positivados nas Declarações de 1948 (DUDH) e de 1971 (DDDM), com reflexos nas normativas interna e internacional e fortalecimento do sistema de tutela.

Se a Declaração de 1971 representou um marco importante na busca de assegurar direitos das pessoas com deficiência mental, ao destacar que para tais pessoas deve haver meios hábeis para que gozem seus direitos no máximo grau possível, no plano fático, o desafio tornou-se a participação e a universalização destes, bem como a conscientização e assunção de responsabilidades na busca de uma eficácia social. Neste sentido, a Declaração de Montreal representa um esforço conjunto de diversos atores²⁹ preocupados com a temática da inclusão social.

Na DMDI tais atores declararam o dever de observância de um rol de direitos, deveres e obrigações a serem observados por pessoas naturais e jurídicas, reforçando e ampliando normas contidas Declaração de 1971. Neste sentido acordaram em:

²⁸ A DMDI declara o dever das Organizações Internacionais “ Incluir a "DEFICIÊNCIA INTELECTUAL" nas suas classificações, programas, áreas de trabalho e iniciativas com relação à " pessoas com deficiências intelectuais" e suas famílias a fim de garantir o pleno exercício de seus direitos e determinar os protocolos e as ações desta área” (Art. 11, OPS/OMS, 2004)

²⁹ O documento aduz que “Nós, pessoas com deficiências intelectuais e outras deficiências, familiares, representantes de pessoas com deficiências intelectuais, especialistas do campo das deficiências intelectuais, trabalhadores da saúde e outros especialistas da área das deficiências, representantes dos Estados, provedores e gerentes de serviços, ativistas de direitos, legisladores e advogados, reunidos na Conferência Internacional sobre Deficiência Intelectual, da OPS/OMS (Organização Pan-americana de Saúde e Organização Mundial de Saúde), entre os dias 05 e 06 de outubro de 2004, em Montreal, Canadá” (OPS/OMS, 2004).

7. Apoiar e defender os direitos das pessoas com deficiências intelectuais; difundir as convenções internacionais, declarações e normas internacionais que protegem os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiências intelectuais; e promover, ou estabelecer, quando não existam, a integração destes direitos nas políticas públicas nacionais, legislações e programas nacionais pertinentes; e
8. Apoiar, promover e implementar ações, nas Américas, que favoreçam a Inclusão Social, com a participação de pessoas com deficiências intelectuais, por meio de um enfoque intersectorial que envolva as próprias pessoas com deficiência, suas famílias, suas redes sociais e suas comunidades. (OPS/OMS, 2004)

A DMDI sinaliza que “os Estados têm a obrigação de proteger, respeitar e garantir que todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e as liberdades das pessoas com deficiência intelectual sejam exercidos de acordo com as leis nacionais, convenções, declarações e normas internacionais de Direitos Humanos” (Art. 3º OPS/OMS, 2004), bem como reconhece as barreiras históricas que as pessoas com deficiências intelectuais têm enfrentado, inclusive, em relação ao não reconhecimento de direitos ligados ao exercício de cidadania.

Os signatários da Conferência de Montreal concentraram esforços para criar recomendações a serem observadas por Estados, organizações internacionais, agentes sociais e civis, pessoas com deficiência intelectual e suas famílias no sentido de assegurar direitos a tal grupo, pois, assim como outros seres humanos, as pessoas com deficiência intelectual nascem livres e iguais em dignidade e direitos (Art. 1º, OPS/OMS, 2004), ou seja, “*têm os mesmos direitos que outras pessoas de tomar decisões sobre suas próprias vidas*” (Art. 1º, OPS/OMS, 2004)

Ao declarar que “a deficiência intelectual, assim outras características humanas, constitui parte integral da experiência e da diversidade humana” (Art. 2º, OPS/OMS, 2004) é ratificada a própria evolução na construção histórica do conceito de pessoa, bem como a existência de valores universais de dignidade humana, autodeterminação pessoal e igualdade de direitos.

3.2.5 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006

Os diplomas elencados em linhas anteriores demonstram a preocupação em dar efetividade a uma sociedade inclusiva tendo como centro de debate a inserção da pessoa com deficiência. Neste desafio, o maior avanço em termos de celebração de tratados internacionais destinado à tutela e garantia de direitos da pessoa com deficiência deu-se com a edição da

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁰ (CDPD) de 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral nº 61/106.

Flávia Piovesan (2012) explica que a CDPD surgiu como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. Inovadora em muitos aspectos, sendo que foi o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado (o primeiro do século XXI), reconhecido como relevante instrumento para uma nova percepção de grupos de pessoas vulneráveis.

Os descumprimentos e/ou inobservâncias históricas de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais associados à pessoa com deficiência foram combatidos de forma veemente na CDPD, comemorado pela comunidade internacional pela abrangência a que se propõe.

Conforme Art. 1º da Convenção, seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade. Laís de Figueiredo Lopes (2014) esclarece que referida Convenção buscou modificar o cenário de exclusão das pessoas com deficiência, imprimindo na esfera internacional maior consciência sobre suas potencialidades, assim como a percepção da necessidade de tutela, visibilizando suas vulnerabilidades e exigindo atuação de entes governamentais e não governamentais para ações efetivas, aduzindo um novo paradigma. Conforme esclarece:

A contribuição da Convenção é representada pelo modelo social de direitos humanos que propõe que o ambiente é o responsável pela situação de deficiência da pessoa, sendo que as barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais existentes é que impedem a sua plena inclusão social, razão pela qual devem ser removidas. (2014, p.28)

Este novo modelo social informa que os entraves para uma efetiva inclusão social está no próprio tecido social e não na pessoa com deficiência. Esta sofre na verdade os efeitos das barreiras que lhe são apresentadas no plano fático em virtude de sua limitação. Neste sentido, na CDPD houve a preocupação em conceituar o termo “pessoa com deficiência” de maneira mais ampla possível, conciliando os diversos interesses dos países signatários, de forma que fosse possível chegar a um consenso em relação ao seu texto final.

Por “pessoas com deficiência”, a CDPD define que:

³⁰ O referido diploma foi aprovado por maioria qualifica no Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 186 de 2008, sendo promulgado por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Neste sentido, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, tal diploma na ordem jurídica brasileira possui equivalência de emenda constitucional.

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 (NAÇÕES UNIDAS, 2006).

Para LOPES (2014) tal definição possibilita aos Estados regulamentar os direitos das pessoas com deficiência, com possibilidade de alargar tal conceito, havendo vedação que vise interpretação legislativa no sentido de reduzir a tipicidade pactuada. Por seu turno, Lilia Pinto Marques (2008) expõe que a definição supramencionada é atual e dinâmica, uma dimensão mais personalizada e social, apresentando “a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência, é o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida” (2008, p. 28). Nesta perspectiva, a pessoa com deficiência é a protagonista de sua vida, capaz de agir, evidentemente considerando sua limitação física, sensorial ou intelectual, logo, deve ser inserida e percebida na sociedade como sujeito de direitos ativo e capaz de desenvolver suas potencialidades.

A CDPD consolida em um único documento as diversas conquistas legislativas positivadas em diplomas preexistentes relacionados ao tema, a exemplo daqueles apresentados em linhas anteriores. Fica evidenciado, pela análise preliminar de seu extenso preâmbulo, que a CDPD realiza diversas considerações associadas aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem com a natureza jurídica e características dos direitos humanos, inclusive, trazendo a ideia de “deficiência” como um conceito em evolução, devendo qualquer discriminação contra tais pessoas ser entendida como grave afronta à dignidade humana.

Percebe-se a abrangência da tutela pretendida na Convenção de 2006 ao observar as definições estabelecidas no Art. 2º, destacando-se a definição de “discriminação por motivo de deficiência”, *in verbis*:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável (NAÇÕES UNIDAS, 2006)

Depreende-se que as normas positivadas na Convenção visam os diversos aspectos que podem afetar a pessoa com deficiência, considerando suas características físico-motoras,

perceptivas, sensoriais, intelectuais e/ou mentais. Neste sentido, os princípios jurídicos positivados em seu Art. 3º norteiam os caminhos a serem percorridos, como o respeito pela dignidade, a autonomia individual, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana, a igualdade de oportunidades, dentre outros.

Luiz Alberto David Araújo (2012, p.46) clarifica que “para evitar comportamentos contrários aos comandos trazidos pela Convenção, os princípios gerais trazem cláusula de barreira de legislação regressiva, assim como de atos normativos inferiores”. Assim, os princípios supracitados funcionam como mecanismo de contribuição para a efetividade de direitos, principalmente em função de casos concretos que visem a suprimi-los ou mitigá-los.

No Art. 4º a Convenção estabeleceu obrigações gerais de observância obrigatória dos países signatários. Dentre eles, destaca-se o compromisso dos países signatários em assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e, para tanto, os estes devem: adotar medidas para a efetivação dos direitos preconizados na CDPD, inclusive, modificando ou revogando leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes que constituírem discriminação; promover direitos em programas e políticas nacionais; tomar medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência; realizar ou promover pesquisa e desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível, dentre outros.

Conforme abordagem feita por Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior (2008), as obrigações gerais devem ser entendidas e estudadas em conjunto os princípios gerais estabelecidos no Art. 3º CDPD, uma vez que destes princípios derivam todas as obrigações gerais e, posteriormente, em cada um dos artigos temáticos, demonstrando a forma mais adequada para garantir os direitos específicos. A autora complementa que este conjunto normativo é o ponto central a ser analisado no aspecto da congruência ou não entre a Convenção e as legislações nacionais, principalmente a brasileira.

O Artigo 5º da CDPD estabelece normas relacionadas às ideias de igualdade e não-discriminação. Para a Naira Rodrigues esta igualdade deve ser entendida como direito a “igualdade de condições”, ideia que permeia todos os artigos da Convenção, “afirmando e reafirmando que, somente com uma sociedade que promova condições igualitárias e

equiparadas teremos os direitos humanos das pessoas com deficiência assegurados e garantidos” (RODRIGUES 2014, p. 54).

A norma do 5º da CDPD declara que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei, bem como que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei, portanto, vedada qualquer discriminação baseada na deficiência. Neste sentido, a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os países devem criar medidas específicas que forem necessárias para acelerar e alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência (art. 5º, § 4º, CDPD).

Flávia Piovesan (2012) comenta que os avanços conquistados com a Convenção contemplam, em síntese, duas vertentes: uma vertente repressiva, em face da proibição da discriminação; e outra vertente promocional atinente do dever de promover a igualdade.

No tocante à vertente repressiva, verifica-se a existência do monitoramento dos direitos previstos pela CDPD. Neste sentido, ficou instituído pelo artigo 34 um Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, integrado inicialmente por pessoas especializadas em direitos humanos e deficiência para atuar a título pessoal, considerando representação geográfica equitativa, representação dos distintos sistemas jurídicos, equilíbrio de gênero, bem como a participação de *experts* com deficiência.

Em relação aos mecanismos de monitoramento, a Convenção estabelece tão somente a sistemática de relatórios a serem elaborados periodicamente pelos Estados-Partes. Ressalta-se que, em virtude do Protocolo Facultativo, adotado em 13 de dezembro de 2006, ficou reconhecida a competência do comitê supramencionado para receber e considerar petições de indivíduos ou grupos de indivíduos vítimas de violação por um Estado signatário dos direitos previstos na Convenção e, conforme Piovesan (2012), até março de 2010, tal Protocolo contava com 52 Estados-Partes, incluindo o Brasil, que o ratificou em 1º de agosto de 2008³¹.

Piovesan (2012) ainda rememora que em caso de graves e sistemáticas violações de direitos por um dos signatários da Convenção, o comitê supracitado poderá realizar investigações *in loco*, com a prévia anuência do Estado, de acordo com o artigo 6º do Protocolo.

Em relação à vertente promocional, destacam-se as normas dispostas no Artigo 23 da CDPD que trata do respeito pelo lar e pela família. Assim, positivou-se o dever dos Estados signatários adotarem “medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra

³¹ Destaca-se que existem requisitos de admissibilidade, v.g, a inexistência de litispendência internacional e o esgotamento prévio dos recursos internos, para a admissibilidade das petições, nos termos do artigo 2 do referido Protocolo.

peessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas”.

O intuito é de reconhecer o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes, decidir sobre o número de filhos, ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos, entretanto, a garantia de tais direitos ainda sofre barreiras, persistindo obstáculos ao exercício do casamento e constituição de família, conforme será demonstrando adiante.

A ação legislativa no plano internacional relacionada aos direitos e garantias inerentes à pessoa com deficiência repercutiram nos sistemas jurídicos dos países signatários, inclusive, sob a influência do que se denominou pela doutrina de “constitucionalismo contemporâneo”. Exemplificando, a CDPD foi incorporada na ordem jurídica pátria, sendo o primeiro e único tratado internacional de direitos humanos, aprovado pelo Congresso Nacional, nos termos do § 3º do art. 5º da Carta “Cidadã”, a primeira a refletir os anseios positivados nos diplomas internacionais no que diz respeito à uma tutela da pessoa com deficiência.

3.3 A TUTELA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: REFLEXOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

Desde a primeira constituinte em 1824 e, conseqüentemente, a primeira Constituição, até a Constituição de 1967³² praticamente inexistiu norma diretamente relacionadas à tutela dos direitos das pessoas com deficiência em textos constitucionais. Luiz Alberto David Araujo ensina que:

O primeiro documento que tratou do tema em nível constitucional, de forma explícita, foi a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978. Referida emenda utilizava-se da expressão “deficiente”. Estávamos ainda no início do processo de inclusão com apoio explícito na Constituição Federal. Apenas para ter uma ideia da **simbologia da questão**, a Emenda Constitucional n. 12 não foi incorporada ao texto, ficando ao final da Constituição. **Era uma emenda “segregada”**. Os direitos não foram incorporados ao texto, permanecendo segregados, ao final do texto principal. À época, era o que de mais moderno se tinha: a expressão era “deficiente”, e o texto ficou ao final, sem se fundir com outros direitos. (grifo nosso) (ARAUJO, 2012, p. 43)

³² Ressalta-se que há juristas que considerarem a EC nº. 1/69 como mais uma carta constitucional brasileira.

A Emenda Constitucional nº 12/1978 representou na época o maior avanço em termos de reconhecimento formal de direitos da pessoa com deficiência³³. Em um único artigo dispunha o dever de assegurar aos deficientes: a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; assim como a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos, tema relacionado à acessibilidade.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 houve avanços significativos, com o surgimento de normas constitucionais e infraconstitucionais de relevo destinadas à concretização dos direitos da pessoa com deficiência, reflexo da própria evolução normativa na comunidade internacional e compromissos assumidos pelo Estado brasileiro. Se por um lado houve carência de uma tutela normativa específica em constituições anteriores à Carta de 1988, por outro não se pode entender tal fato como inexistência de proteção desta categoria de sujeitos sociais em face da existência de normas jurídicas que se aplicavam perfeitamente a tal tutela, destacando-se o princípio da igualdade, norma ligada umbilicalmente à noção de justiça e dignidade humana.

Discorrendo sobre o princípio da igualdade no plano do constitucionalismo brasileiro, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.56) ensina que em todas as Constituições o tema foi tratado de alguma forma, desde a Carta Imperial de 1824³⁴. O autor ensina que desde então, todas as Constituições brasileiras contemplaram a igualdade perante a lei, além de outras referências à igualdade, inclusive, na Constituição de 1967/69, promulgada e emendada substancialmente sob a égide do Regime Militar em que assegurava a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas.

Sarlet (2012, p.55), lembrando Canotilho e Vital Moreira, aduz que “*o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social*”, contudo, aponta que os avanços relevantes no que concerne ao “princípio e os direitos de igualdade” deu-se como advento da Carta de 1988, inclusive, sofrendo reflexos em relação ao seu significado e alcance, “*especialmente quanto ao trânsito*

³³ Waldir Macieira da Costa Filho (2014, p. 594) lembra que “até meados dos anos 1980 perdurou uma política assistencialista nas políticas públicas direcionadas à pessoa com deficiência, isso acarretou pouca autonomia e oportunidade a esse segmento nesse período”.

³⁴ O texto do art. 179, XIII, da CF/1824 replicava o enunciado da Declaração Francesa de que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Já no dispositivo seguinte (art. 179, XIV), aquela Carta Magna assegurava que “todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares sem outra diferença que não seja dos seus talentos e virtudes”.

de uma concepção estritamente formal de igualdade para uma noção material” (SARLET, 2012, p. 57). Assim, o autor apresenta as três fases de mutação sofrida pelo princípio em comento, a saber: a) a igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, ou seja, prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto uma igualdade “na” lei.

As três dimensões supramencionadas refletem a evolução do princípio da igualdade, convergindo assim para a busca de dar efetividade às ideias de justiça e dignidade humana aplicável a todas as categorias sociais. Antes da Carta de 1988, em face de carências conceituais, havia necessidade de densificação legislativa e jurisprudencial a cerca de critérios caracterizadores do termo “deficiência”. Com efeito, isto representou um dos principais desafios à efetivação de direitos das pessoas com deficiência, não apenas para a aplicação do princípio e do direito de igualdade em todas as suas dimensões, mas acima de tudo para um Estado e uma sociedade que pretendem respeitar e promover a dignidade humana e realizar o princípio da solidariedade mediante a efetiva integração dos grupos vulneráveis e a necessária intolerância com a discriminação. (SARLET, 2012)

O cenário de incerteza e carência normativa sobre direitos da pessoa com deficiência mudou significativamente com a Carta Cidadã de 1988, inclusive, em relação à própria ideia de igualdade que, para além de fundamento republicano, surge na perspectiva de “condição de norma impositiva de tarefas para o Estado” (SARLET, 2012), ou seja, efetivação de uma igualdade substancial por meio de ações afirmativas, chamadas também de “discriminações positivas ou desequiparações permitidas”, nas lições de Uadi Lammêgo Bulos³⁵ (2014, p. 554).

Não obstante a nova perspectiva do princípio da igualdade supramencionado, que já revela a busca por um tratamento isonômico em relação à pessoa com deficiência, o constituinte de 1988 deu atenção específica a esta matéria em vários artigos da Carta “Cidadã”, reflexo do arcabouço jurídico internacional, bem como de ideias do constitucionalismo contemporâneo.

³⁵ O constitucionalista esclarece que: (...) busca-se, por meio das ações afirmativas, compensar os menos favorecidos, assim como ocorre com os que nunca sofreram restrições. As ações afirmativas consignam um mecanismo que permite ao Estado sanar o déficit para com aqueles seres humanos que, historicamente, sempre foram alvo de preconceitos, humilhações e detrimientos de toda espécie. Aqui se encontram os idosos, as mulheres, as crianças de rua, os mendigos, os negros, os pardos, os índios, os homossexuais, os deficientes físicos, as prostitutas, categorias humanas, enfim, que nunca tiveram, ao longo da história, o mesmo tratamento conferido às chamadas classes abastadas. (BULOS, 2014, p. 554)

3.3.1 Constituição Federal de 1988 e a tutela da pessoa com deficiência

A Constituição 1988 incorpora o que se denominou pela doutrina de constitucionalismo contemporâneo. Com ela houve mudanças significativas no sentido de se buscar a eficácia social (efetividade normativa) do texto constitucional, sendo um dos traços gerais do movimento em comento o “*destaque dos direitos e garantias fundamentais como resposta às aquiescências, angústias e brados por uma sociedade melhor, justa e igualitária*” (BULOS, 2014, p. 79).

Para Luís Roberto Barroso (2015, p. 279), a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional na Europa e no Brasil conduziu a pensar um “*novo direito constitucional*”, corroborando com a ideia de um neoconstitucionalismo³⁶ identificado por três marcos fundamentais, a saber: o histórico, o filosófico e o teórico.

Barroso (2015) elucida que o marco histórico revela-se no constitucionalismo do pós-guerra em que houve uma redefinição do lugar da Constituição e a influência do direito constitucional nas instituições contemporâneas, sendo uma referencia disto no Brasil a Constituição de 1988. O marco filosófico é verificado na ideia de um pós-positivismo, com junção de ideias jusnaturalistas do século XVIII e ideias do positivismo do século XIX, criando assim uma nova forma de entender o Direito, ou seja, o pós-positivismo buscou ir além da legalidade estrita, sem desprezar o Direito posto, havendo a procura de empreender uma leitura moral, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Já o marco teórico é identificado em face da força normativa da Constituição, superando a ideia de um texto como uma mera carta política, sendo evidenciada a própria expansão da jurisdição constitucional, dentro de uma ideia de Supremacia da Constituição, assim como mudança em relação à forma de se interpretar a norma constitucional³⁷, agora norteadas por princípios e conceitos abertos a serem concretizados pelo intérprete, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição “Cidadã” acompanhou ideias do constitucionalismo contemporâneo (ou neoconstitucionalismo) de maneira que, ao inaugurar uma nova ordem jurídica, houve positivação de regras e princípios para a proteção da pessoa com deficiência, com temas

³⁶ Para Bulos (2014, p. 79) o “constitucionalismo contemporâneo” e “neoconstitucionalismo” são expressões sinônimas e a nova denominação é tão somente um modismo, é “*constitucionalismo contemporâneo com outro nome. E nada mais*”.

³⁷ Barroso explica as discrepâncias entre “judicialização do direito” e “ativismo judicial”, uma vez que a primeira é um fato decorrente do modelo institucional adotado por um Estado (no caso o brasileiro aderiu a tal ideia) e o segundo trata-se de uma “*participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*” (BARROSO, 2011, p. 233). O ativismo judicial pode ser entendido como um mecanismo positivo à garantia de direito de grupos vulneráveis, a exemplo das pessoas com deficiência.

inerentes aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, notadamente destinadas aos diversos grupos de pessoas vulneráveis, a exemplo da pessoa com deficiência.

Como exemplo do cenário citado, pode-se destacar as normas constitucionais de proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (Art. 7, XXXI, CF/88), reserva de percentual dos cargos e empregos públicos (Art. 37, VIII, CF/88), vedação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (Art. 40, I, CF/88 e 201, § 1º, CF/88), assistência social com escopo de habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (Art. 203, IV, CF/88), garantia de um salário mínimo de benefício mensal (Art. 203, V, CF/88), atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (Art. 208, III, CF/88), criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem com deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (Art. 227, § 1º II, CF/88), garantia de acessibilidade diante de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo (Art. 227, § 2º II, CF/88), inclusive, em termos de normas que visem adaptações necessárias (Art. 244, CF/88).

Os reflexos nas normas constitucionais podem ser visualizados nas ações concretas, como inclusão educacional na rede regular de ensino, ensino profissionalizante, cotas nas universidades, cotas nas empresas privadas com mais de 100 empregados, cotas em concursos públicos, benefício assistencial de um salário-mínimo para deficientes incapacitados de trabalhar, isenção na compra de veículos adaptados, isenção tributária na compra de alguns produtos essenciais, percentual reservado nos programas para aquisição da casa própria, e passe livre em transporte público urbano e interestadual, além da garantia de acessibilidade arquitetônica, urbanística, de transportes de comunicação e digital (COSTA FILHO, 2014).

As conquistas supramencionadas correspondem à própria resposta em políticas públicas de inclusão social, importando analisar igualmente os diplomas infraconstitucionais relacionados à tutela da pessoa com deficiência dentro do nosso sistema jurídico após o paradigma instaurado pela Carta “Cidadã”.

3.3.2 Lei nº 7.553 de 1989: um microssistema destinado à tutela da pessoa com deficiência.

A Lei nº 7.553/1989³⁸ estabeleceu um conjunto de normas gerais com o escopo de garantir uma efetiva integração social e o pleno exercício dos direitos individuais e sociais da pessoa com deficiência.

O diploma declara ser dever do poder público, Órgãos e Entidades da Administração Pública direta e indireta, garantir 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, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico*” (Art. 2º), bem como tratamento prioritário e apropriado, (Art. 9º), refletindo o paradigma constitucional.

A Lei nº 7.553/1989 tratou de normas processuais, estabelecendo um rol de pessoas legitimadas à propositura de medidas judiciais protetivas de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais, inclusive, associações que tenham finalidades institucionais, nos termos do seu Art. 3º:

Art. 3º As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo **Ministério Público**, pela **Defensoria Pública**, pela **União**, pelos **Estados**, pelos **Municípios**, pelo **Distrito Federal**, por **associação constituída há mais de 1 (um) ano**, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência. (grifo nosso) (grifo nosso) (BRASIL, 1989).

O diploma ainda trata de aspectos relacionados ao exercício de jurisdição, estabelecendo como regra que sentenças relacionadas à matéria supracitada terão eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes* (Art. 4º). Ademais, positivou: possibilidades de ajuizamento e ação civil pública (Art. 7º); competência da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República³⁹ para coordenação dos assuntos, ações governamentais e medidas referentes a pessoas portadoras de deficiência (Art. 10); e competências para a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE.

³⁸ Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras 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 dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências

³⁹ Este Órgão possui incumbência de formular a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

O diploma aduz um rol de tipos penais em seu Art. 8º, o que demonstra a preocupação do legislador em prevenir e reprimir de forma severa condutas lesivas aos direitos da pessoa com deficiência. Neste sentido, é crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência; obstar inscrição em concurso público ou acesso de alguém a qualquer cargo ou emprego público, em razão de sua deficiência; negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência; recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial à pessoa com deficiência; deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude a Lei; e recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública objeto desta Lei.

As penas ainda podem ser mais severas em face de crime praticado em situações de atendimento de urgência e emergência, assim como se a pessoa com deficiência for menor de 18 (dezoito) anos, como penas é agravadas em um terço. Ressalta-se que incorre nas mesmas penas quem impede ou dificulta o ingresso de pessoa com deficiência em planos privados de assistência à saúde, inclusive com cobrança de valores diferenciados.

Por conseguinte, a Lei nº 7.553/ 1989 possui características de um *microssistema* destinado à proteção das pessoas com deficiência ao estabelecer normas gerais de direito instrumental e material afeto aos diversos ramos jurídicos.

3.3.3 Leis nº 10.048/2000 e nº 10.098/2000: O atendimento prioritário e garantia de acessibilidade

Na Lei nº 10.048/2000 o legislador pátrio estabeleceu normas destinadas a dar prioridade no atendimento às pessoas com deficiência, dentre outras categorias igualmente vulneráveis, em face de serviços prestados em repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras.

A lei diz especificamente que a prioridade deve ser realizada de forma diferenciada e imediata, devendo ser implementada por meio de assentos devidamente identificados e mecanismos que facilitem o acesso ao transporte coletivo, mecanismos de acessibilidade a logradouros, sanitários públicos e edifícios de uso público. Ademais, estabelece punições nos seguintes termos:

Art. 6º A infração ao disposto nesta Lei sujeitará os responsáveis:

I – no caso de servidor ou de chefia responsável pela repartição pública, às penalidades previstas na legislação específica;

II – no caso de empresas concessionárias de serviço público, a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por veículos sem as condições previstas nos arts. 3º e 5º;

III – no caso das instituições financeiras, às penalidades previstas no art. 44, incisos I, II e III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As penalidades de que trata este artigo serão elevadas ao dobro, em caso de reincidência. (BRASIL, 2000a)

De forma complementar, o diploma infraconstitucional estabeleceu normas gerais para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, bem como inovou ao estabelecer normas visando a “supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação”, conforme reza seu Art. 1º.

O diploma aduz segurança jurídica ao estabelecer definições de termos e expressões como “acessibilidade”, o que são “barreiras” que devem ser eliminadas, “tecnologia assistiva ou ajuda técnica” que representa produtos e serviços que objetivam garantir autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social, a ideia de “desenho universal”, uma concepção de produtos, ambientes, programas e serviços sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, o que é considerada “comunicação”, compreendendo as interação entre cidadãos por meio de línguas, inclusive, da Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações (TIC).

Já a Lei nº 10.098/2000 aduz os conceitos de “pessoa com deficiência” em sintonia com normas internacionais, como a Declarações de 1971, 1975 e de Montreal ao expressamente incluir a pessoa com deficiência mental e intelectual, bem como da necessidade de uma igualdade de condições.

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

(...)

III - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, **mental, intelectual** ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua **participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições** com as demais pessoas. (BRASIL, 2000b)

O diploma estabelece regras sobre elementos da urbanização, desenho e localização do mobiliário urbano, acessibilidade nos edifícios públicos ou de uso coletivo, acessibilidade nos edifícios de uso privado, acessibilidade nos veículos de transporte coletivo, assim como acessibilidade nos sistemas de comunicação e sinalização. Já em relação às medidas de fomento à eliminação de barreiras, a lei instituiu, no âmbito da Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, o Programa Nacional de Acessibilidade, com dotação orçamentária específica, nos termos do seu Art. 22.

As Leis supramencionadas foram regulamentadas pelo Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Nele ficou estabelecido que o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, os Conselhos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, e as organizações representativas de pessoas portadoras de deficiência possuem legitimidade para acompanhar e sugerir medidas para o cumprimento dos diversos requisitos estabelecidos sobre atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, implementação da acessibilidade arquitetônica e urbanística, acessibilidade aos serviços de transportes coletivos, acesso à informação e à comunicação, dentre outras matérias.

3.3.4 Lei nº 10.436 de 2002: Fomento ao uso da Língua Brasileira de Sinais – Libras.

A Lei nº 10.436/2002 dispõe especificamente sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras, reconhecida como meio legal de comunicação e expressão, entretanto, sem o condão de substituir a modalidade escrita da língua portuguesa (Art. 4, parágrafo único). Desta forma, o Art. 1º do diploma define a Libras como *“forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil”*.

O diploma informa o dever estatal de fomentar o uso de Libras por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente (Art. 2º), bem como atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva em instituições públicas e concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde (Art. 3º). A lei ainda estabelece que o sistema educacional deve assegurar a inclusão nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, em seus níveis médio e superior, o ensino da Libras (Art. 4º).

3.3.5 Lei nº 12.965 de 2014: A internet como instrumento à inclusão social e cidadania

A igualdade material tão desejada no Estado Democrático de Direito deve ser efetivada não somente em relação aos aspectos físicos, mas, sobretudo por meio do acesso às Tecnologias de Comunicação e Informação (TIC), notadamente em face do uso da internet, ambiente virtual impar para a efetivação de direitos da pessoa com deficiência. Neste sentido, o Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965/2014⁴⁰ renova o desejo de promoção de igualdade e dignidade para tais pessoas, agora em face do uso da tecnologia.

No Art. 4º, IV, do MCI, o legislador pátrio estabeleceu como um dos objetivos do uso da internet a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. Já no Art. 7º, XII, o acesso à internet foi estabelecido como essencial ao exercício da cidadania, devendo ser assegurado à pessoa com deficiência o direito à acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário.

O Art. 25, II, reza que as *aplicações de internet*⁴¹ de entes do poder público devem buscar acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas limitações de ordem físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais.

Os dispositivos supramencionados reflete a necessidade de ações visando à isonomia, uma vez que um dos objetivos da internet é a promoção da acessibilidade (Art. 4º, IV). Portanto, o ambiente virtual é um espaço participativo, inclusivo e plural, devendo o acesso à tecnologia ser garantido a todos. Neste sentido, o Estado tem o dever de fomentar o desenvolvimento de serviços digitais destinados à pessoa com deficiência. Neste diapasão, o fomento deve ser no sentido de: criar aplicações de internet que possibilitem acessibilidade e inclusão; estimular a fabricação ou produzir terminais (computador, *tablet*, *smartphone*, etc) com interface homem-máquina inerente às espécies de limitações humanas, com comandos por voz ou gestos; possibilitar mecanismos para acesso a portais governamentais, identificação de lugares e repartições públicas, mitigando preocupante “fosso digital” que parece ser intransponível.

As aplicações de internet sem dúvida são instrumentos que contribuem para a igualdade material. Por meio delas a pessoa com deficiência pode exercer cidadania no

⁴⁰ Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

⁴¹ Conforme Art. 5º, VII, da Lei nº 12.965/2014, aplicações de internet é o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

ambiente virtual, com reflexos na vida real, inclusive, com possibilidade de desenvolver suas potencialidades laborais, artísticas e intelectuais.

3.3.6 Lei nº 13.146 de 2015: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a busca pela inclusão e cidadania

A evolução normativa sobre direitos e garantias relacionados à pessoa com deficiência ganhou novos contornos com o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI). O documento tem o escopo de assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (Art. 1º, LBI), introduzindo diversas alterações em nosso ordenamento.

A LBI tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPC) e seu Protocolo Facultativo, refletindo em pouco mais de 100 artigos as intenções e normas ligadas aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais da Convenção. Neste sentido, o diploma reafirma a promoção da igualdade de oportunidades, a autonomia da pessoa com deficiência, o dever de criação de mecanismos para a garantia de acessibilidade, bem como inova no ordenamento pátrio em relação a temas ligados às áreas de saúde, educação, trabalho, assistência social, esporte, previdência e transporte.

A LBI conceitua a pessoa com deficiência em sintonia com a CDPC ao declarar que se trata daquela que tem “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Art. 2º, LBI). Assim, é assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (Art. 84, LBI), podendo somente ser submetida à curatela em casos excepcionais (§ 1º Art. 84, LBI) e como medida de proteção extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, devendo durar o menor tempo possível (§ 3º Art. 84, LBI).

Representando um microssistema atual e inovador, a LBI tratou de matérias de direito constitucional, direito penal, direito administrativo, direito do consumidor, direito trabalhista, dentre outros, com acentuada repercussão sobre o sistema jurídico pátrio e, especialmente, no plano do direito civil em face das mudanças relacionadas à capacidade civil, dissociando a ideia de pessoa com deficiência com as chamadas incapacidades civis (absoluta e relativa).

Neste sentido, o Art. 114 da LBI alterou a redação dos Arts. 3º e 4º do Código Civil nos seguintes termos:

Art. 3º São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São **incapazes, relativamente** a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2015)

Diante de tais inovações normativas, a deficiência não é mais fator que prejudica a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos, conservar sua fertilidade, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, bem como exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos do art. 6º da LBI.

O novel diploma criou a possibilidade da pessoa com deficiência aderir ao processo de tomada de decisão apoiada em que recebe auxílio de pessoas de sua confiança poder decidir sobre atos da vida civil (Art. 116, LBI), restringindo-se a designação de um curador a atos relacionados aos direitos de ordem patrimonial ou negocial (Art. 85, LBI).

Quanto ao tema inclusão escolar, a Lei nº 13.146/2015 assegurou a oferta de sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades de ensino, inclusive, com o dever de adoção de um projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, com fornecimento de profissionais de apoio, sendo vedada qualquer cobrança de valores adicionais por esses serviços pelas instituições privadas (Art. 26,§1º, LBI), proibição igualmente existente em relação à oferta de planos e seguros privados de saúde (Art. 26, LBI).

A LBI criou o chamado auxílio-inclusão (Art. 94, LBI), benefício assistencial para a pessoa com deficiência moderada ou grave que ingresse no mercado de trabalho em atividade que a enquadre como segurada obrigatória do Regime Geral de Previdência Social.

Em matéria penal, tipificou condutas de praticar, induzir ou incitar discriminação (Art. 88, LBI), apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência (Art. 89, LBI), abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde ou congêneres (Art. 90, LBI), bem como reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento destinados ao recebimento

de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem (Art. 91, LBI).

A Lei nº 13.146/2015 ainda tratou de temas como atendimento prioritário em face de tramitação processual (Art. 9º, VI, LBI), prioridade na restituição do Imposto de Renda aos contribuintes com deficiência (Art. 9º, VII, LBI) e no atendimento por serviços de proteção e socorro (Art. 9º, I, LBI).

Destaca-se ainda que a lei incluiu o desrespeito às normas de acessibilidade como causa de improbidade administrativa e criou o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), registro público eletrônico que irá reunir dados de identificação e socioeconômicos.

Os direitos supracitados representam exemplos, de tantos outros, positivados na Lei nº 13.146/2015 algo que demonstra a importância deste microsistema, bem como à busca por criar uma cultura de inclusão e derrubar barreiras que ainda persistem para a efetivação dos direitos e garantias da pessoa com deficiência.

4 DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E CASAMENTO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Como sabido, os Direitos Humanos são direitos fundamentais do ser humano, indispensáveis para que ele possa participar plenamente da vida em sociedade. Como afirma Bobbio (1992), a Declaração universal dos Direitos Humanos de 1948 pode ser considerada a maior prova existente de consenso entre os seres humanos. O mesmo autor ainda afirma que “os direitos humanos são um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva” (1992, p.45).

A mencionada Declaração de 1948 inaugura a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque, no dizer de Piovesan, "(...) clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade (...)”(2012, p. 38).

Indivisibilidade, pois, conjuga de forma indivisível os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, conforme observam Sohn e Buergenthal:

A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação. (1973, p. 516).

A inclusão social através da defesa e proteção dos Direitos Humanos, proclamados na aludida Declaração e nos Pactos Internacionais sobre a matéria, está intimamente articulada com os diferentes contextos políticos, socioeconômicos e culturais em que se situa. Para Bobbio, a proteção das pessoas com deficiência, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, se traduz no fato de que "(...) o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade (...)” (1992, p. 69).

Em que pese a necessidade de superar obstáculos e barreiras culturais, físicas ou sociais, na perspectiva da inclusão social, ainda é possível observar no Brasil a crença infundada de que pessoas com deficiência intelectual são frágeis e incapazes de se posicionar e enfrentar os desafios da vida, como o de constituir família através do casamento.

4.1 O DIREITO HUMANO DE ESTABELECEER FAMÍLIA ATRAVÉS DO CASAMENTO.

O tema casamento, família e direitos humanos merece uma reflexão detalhada, tendo em vista ser aquele um direito inerente à pessoa humana, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião, responsável pela inserção de indivíduos na esfera familiar que se constrói, repercutindo na existência destes sujeitos, devendo ser respeitado e protegido tanto no ordenamento jurídico interno como pela comunidade internacional. Assim, o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 disciplina que:

1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais.
2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.
3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

No dispositivo supra a Carta Universal reafirma tanto a supressão da discriminação, como a garantia da liberdade de expressão e a soberania da manifestação da vontade. Ao seu turno, seguindo o mandamento da referida Declaração, a Constituição Federal brasileira recepcionou o direito ao matrimônio e à constituição da família sob a proteção do Estado através do Art. 226, parágrafos 1 a 8. A partir da leitura do referido dispositivo, constata-se a predileção topográfica que o constituinte deu ao matrimônio, sobretudo ao estabelecer no artigo 226, §3º, que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento. Senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em acordo com a Carta Magna, o Código Civil brasileiro guarda em seu artigo 1.511 a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, resguardando sua dignidade, dispondo: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

É certo que o casamento não possui primazia para instituir a família. A Constituição brasileira reconhece outras entidades familiares, pois o fundamento da família contemporânea é o afeto. Todavia, recordando a lição de San Tiago Dantas de que “na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família” (1991, p.54), o instituto em comento ainda se traduz na modalidade mais comum de constituição de entidade familiar.

Ao tratar da constituição da família e os direitos humanos, preleciona Sérgio Resende de Barros (2003)⁴² que o direito de família se constitui no mais humano dos direitos, pois ao passo em que serve para inserir os sujeitos em dado núcleo familiar, ocasiona intrínsecas repercussões na vida dos indivíduos que a compõe, seja no plano social, econômico ou psicológico. Barros ainda acrescenta que:

Operando na sociedade em geral ou em certo grupo social, direitos humanos são poderes-deveres destinados a realizar a essência humana na existência humana em condições de dignidade condizentes com o estágio atual de civilização. Daí decorre a relação dos direitos humanos com os poderes-deveres que interagem nos relacionamentos familiares, a fim de proteger a humanidade dos homens desde o nascituro até o mais idoso dos sujeitos, assim como decorre o direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo no grupo social mais elementar que é a família. (2003).

Verifica-se que a constituição de agrupamento familiar através do casamento pode ser entendida como um direito humano fundamental, considerando que as entidades familiares daí advindas se apresentam como núcleos de preservação e desenvolvimento da dignidade humana.

4.1.1. Breves considerações sobre a constituição do casamento.

Derivado do latim “*casamentum*”, que significa terreno com uma habitação instalada, a acepção do termo casamento é melhor compreendida no mundo ocidental através do Direito

⁴² Palestra proferida em 29.08.2003, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em 15/07/2015.

Romano. São várias as definições para o aludido termo, sendo a maioria influenciada pela clássica definição de Modestino, jurista clássico do século III, o qual lecionava que: “*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*”, (MONTEIRO, 1997, p.12), ou seja, as núpcias são a união do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

Deste conceito depreende-se a condição do ser humano como ser gregário, tendente a obedecer ao instinto natural e universal de se unir como casal, através de amor mútuo, exercendo sua vocação natural de perpetuação da espécie. Esta ordem natural de agregação entre homem e mulher com a finalidade de constituir entidade familiar através do casamento foi tratada na Bíblia, livro sagrado do Cristianismo, como instituição divina e está registrada no Livro de Gênesis, capítulo 2, versos 23 a 24: “E disse Adão: Esta é agora osso dos meus ossos, e carne da minha carne; esta será chamada mulher, porquanto do homem foi tomada. Portanto deixará o homem o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne”.

Neste sentido, na doutrina de Caio Mário, o Cristianismo trata o casamento como sacramento, através do qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una*, uma só carne), e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, humo non separet*) ” (2004, p.51).

A ciência estabelece que desde os primórdios da humanidade haviam agrupamentos familiares entre homem e mulher, os quais adaptaram-se ao contexto de cada época pela necessidade de subsistência desse grupo social primário. Para Rizzardo (2004), o instinto era o elemento que comandava os relacionamentos, aproximando o homem e a mulher para o acasalamento, semelhante as espécies irracionais. Esta união rudimentar se iniciava com a “apreensão” da mulher pelo homem, com uso da força física, ficando aquela submetida ao domínio deste.

No mesmo sentido, Marconi e Presotto (2001), pontificam que o agrupamento de pessoas surge a partir do fenômeno biológico de conservação e reprodução da espécie, o que depois se transformou em fenômeno social, moral e religioso. Percebe-se, desta feita, que a união entre homem e mulher à luz da ciência tem sua gênese na própria natureza humana, sendo essencial para sua sobrevivência.

O casamento pode ser tradicionalmente entendido como a união voluntária de homem e mulher sob as regras estabelecidas por um ordenamento jurídico, com o intuito de estabelecer família legítima através de uma comunhão plena de vida. Neste sentido, os juristas franceses Colin e Capitant asseveram que o casamento “é o contrato civil solene, pelo qual o

homem e a mulher se unem para formar uma família e se prestar, mutuamente, assistência e socorro” (1931, p.112).

O matrimônio é considerado, no ordenamento jurídico brasileiro, a principal forma de se constituir família, todavia, não a única. A instituição família sob a égide do Código Civil de 1916 se encontrava vinculada tão somente através do matrimônio, o qual assegurava direitos e impunha deveres na esfera pessoal e patrimonial dos indivíduos que a compunham. Na esteira do antigo diploma civilista Lafayette Rodrigues Pereira, clássico do Direito Civil brasileiro, preleciona que o casamento “é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida” (1956, p.34). Nestes termos Clóvis Beviláqua, outro clássico civilista, aduz que:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer” (1959, p.46).

Em que pese as acepções aqui delineadas, tratar de definir o casamento quanto aos seus elementos constitutivos essenciais não é uma tarefa elementar, visto que o instituto em comento envolve não apenas elementos jurídicos, mas principalmente aspectos civis e morais. Nesta senda Brugi aduz que:

El matrimonio es difícil de definir. Se tenemos en cuenta tan sólo su aspecto jurídico se da una idea incompleta de esta relación fundamental de la sociedad civil; si comprendemos en la definición el aspecto moral, que no carece de importancia jurídica, presentamos una idealidad elevada mejor que una figura jurídica. Las espléndidas definiciones de los romanos reúnen el segundo carácter mejor que el primero. Recordemos, asimismo, la sumisión incompleta del matrimonio, como relación moral, al imperio de las normas jurídicas (1946, p. 412).⁴³

Consubstanciando o exposto Jemolo (1954) pontifica que, por força dos variados elementos que compõe a família conjugal, tais como fatores religiosos e sociais, bem como épocas e regiões diferentes, não há universalidade na sua disciplinação. Desta premissa destaca-se os elementos históricos e regionais, os quais influenciam de maneira nevrálgica a forma ou o conteúdo das uniões conjugais, a capacidade ou autonomia da vontade dos nubentes, gerando concepções exclusivamente morais e filosóficas, ou tão somente jurídicas.

⁴³ O casamento é difícil de definir. Levar em consideração tão somente seu aspecto jurídico dá uma ideia incompleta desta relação fundamental da sociedade civil; se compreendermos na definição o aspecto mora, que não necessita de importância jurídica, apresentamos uma elevada idealidade melhor que um conceito jurídico. As esplêndidas definições romanas se acostam mais ao segundo caractere do que o primeiro. Recordemos, igualmente, a submissão incompleta do matrimônio, como relação moral, ao império das normas jurídicas.

Destarte, na mesma direção e afim de cunhar compreensão satisfatória de casamento, Ruggiero obtempera que o matrimônio:

É um instituto, não só jurídico, mas ético, social e político e é tal sua importância que a própria estrutura do organismo social depende de sua regulamentação. Impera nele, não só o direito, mas também o costume e a religião: todos os três grupos de normas se contêm no seu domínio e, como se verá, uma das características mais salientes da história do instituto é a luta travada entre o Estado e a Igreja para obter a competência exclusiva para o regular (1999, p.36).

Por mais antigas que sejam, as conclusões clássicas aqui expostas se mostram atuais, alinhando-se às observações mais hodiernas de Fonseca e Duarte, que asseveram: “o casamento, enquanto forma mais comum de oficializar as relações de intimidade, nem sempre se imbuíu dos mesmos significados, oscilando em função das constantes e naturais transformações sociais” (2014, p.135).

Observa-se que as definições colacionadas trazem como elementos constitutivos do casamento, de um modo geral, a diversidade de sexo, o consentimento dos nubentes e a formalidade da celebração, a geração de prole e os deveres paternos e maternos para com ela, o auxílio mútuo e a comunhão plena de vida entre os membros que a compõe. No Brasil a existência de um casamento válido e eficaz depende da conjugação de pressupostos de fundo e de forma. Apesar da Lei não regular as causas de casamento inexistente, a doutrina e jurisprudência estabelecem tais hipóteses. Desta feita, na lição de César Fiuza são três os casos de casamento inexistente:

O primeiro deles seria, segundo a corrente tradicional, o casamento entre pessoas do mesmo sexo genital. Essa hipótese não se justifica mais, uma vez que o casamento homoafetivo passa a ser admitido pela jurisprudência. O segundo é o casamento celebrado apesar do silêncio ou da negativa expressa de um dos nubentes. Em outras palavras, um dos noivos diz “não”, ou fica calado, e o celebrante continua como se nada houvesse acontecido. Finalmente, o terceiro caso é o casamento celebrado sem observância da devida forma, por exemplo, sem habilitação prévia ou celebrado por uma pessoa qualquer etc. (2015, p.1222).

Quanto a diversidade de sexo como elemento constitutivo do casamento, no direito brasileiro contemporâneo houve quebra de paradigma quanto a questão do gênero no matrimônio. Antes a tradicional exigência da diversidade de gênero era pressuposto de existência do casamento. Todavia, no Brasil já é possível a união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, direito consolidado a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI

4.277.⁴⁴ Atualmente cerca de 22 países admitem expressamente o casamento homoafetivo⁴⁵, e a título de exemplo África do Sul, Portugal, Estados Unidos e Argentina. Nesta seara, em defesa dos múltiplos arranjos de afeto, Luiz Edson Fachin concebe que:

O compromisso com a cidadania impõe uma nova forma de caminho para o reconhecimento da formação familiar, e para tanto, amplia-se o entendimento do direito de família para além do estabelecido no Código Civil, valendo-se para tanto dos princípios instituídos pela Carta Constitucional, e pela formação jurisprudencial, para compreender e reconhecer a dinâmica dos novos tempos. (2003, p.47)

Já o consentimento dos cônjuges, ou seja, a manifestação da vontade, é condição *sine qua non* para a existência do casamento, pois tal elemento apresenta-se como ponto de partida que fundamenta o matrimônio. O diploma civilista brasileiro em seu art 1.514 estabelece que: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. ” O aludido dispositivo é reforçado pelo Art. 1.538, inciso I do mesmo diploma, o qual determina que a celebração do casamento é interrompida se algum dos contraentes “recusar a solene afirmação da sua vontade”. Nesta senda, vale mencionar as lições de Gérard Cornu (2006) de que a liberdade nupcial traduzida na manifestação de vontade dos nubentes e protegida pelo Estado, é uma liberdade fundamental

Segundo Moreira Alves (1972), neste aspecto o direito contemporâneo se espelha à concepção romana. Na antiga Roma a causa do casamento era a declaração da vontade dos nubentes, e o próprio estado matrimonial supunha o consentimento contínuo dos cônjuges, ao passo em que ao cessar o consentimento, cessava também o casamento. Destarte, Fonseca (1997) pontifica que o consentimento é o fundamento do matrimônio para aceitação de um estado de vida, feito por quem tem consciência do que assume, baseada pelo amor conjugal.

Conforme o já mencionado art. 1.514 do Código Civil, para que haja casamento a declaração de vontade dos nubentes deverá ser produzida perante autoridade celebrante, neste caso um juiz. Ou seja, a solenidade sempre caracterizou o casamento, aspecto que reflete a presença do Estado neste ato formal. Pontes de Miranda quanto à celebração do casamento aduz:

⁴⁴ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 o STF decidiu que o artigo 1723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

⁴⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>. Acesso em 10/07/2016.

Quanto à celebração do casamento, segundo requisito essencial para a existência do casamento, há duas espécies distintas: a irrealização do ato ou a celebração por pessoa que não tenha nenhuma parcela de *iurisdictio*, e a efetuação por autoridade incompetente. Na primeira espécie, a ausência do pressuposto afeta a existência própria do matrimônio. Na segunda, pode ser o caso previsto no art. 208, relativo à nulidade do contrato matrimonial, sanável depois de dois anos. Se um homem conduz uma mulher perante alguém, que não é autoridade para casar, simula o casamento e, depois, convive ou não convive com ela, esse fato, com significação jurídica possível, não pode ser equiparado a matrimônio. É inexistente, como casamento (2001, p.316).

Desta feita, caso o matrimônio seja celebrado por quem não tenha competência para tal, o mesmo será inexistente. Isso se justifica tanto pela relevância social do ato, como também por constituir um ato da vida civil a que a ordem jurídica atribui importância proeminente, por ser um dos principais pontos de partida para constituição de família.

Conforme o exposto, para a existência do casamento é necessária a cumulação de dois requisitos: que haja manifestação da vontade e que esta se dê perante autoridade competente. Contudo, mesmo com a presença dos aludidos pressupostos, o casamento ainda há de ser válido, exigindo-se a presença dos requisitos gerais dispostos no artigo 104 do Código Civil, que trata da validade do negócio jurídico em geral, dispondo:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em Lei.

Assim, ao aplicarmos esta regra ao instituto em comento, para que haja um casamento válido os nubentes devem possuir idade núbil e a celebração deverá atender as exigências da modalidade que adotar. Atendidas as exigências em testilha, o casamento será existente e válido, passando a ter eficácia jurídica e a produzir todos os efeitos.

A partir das acepções acerca do matrimônio como também de seus elementos constitutivos, pode-se cunhar a posição desse instituto para o direito. Não existe consenso na doutrina sobre a natureza jurídica do casamento, existindo três vertentes doutrinárias que cuidam definir o seu enquadramento jurídico: a teoria contratualista, a teoria institucionalista, e a teoria eclética ou híbrida.

A corrente contratualista se assenta na ideia de que o casamento, assim como todo contrato, tem o seu núcleo essencial no consentimento, pois a liberdade volitiva dos nubentes é o principal elemento constitutivo do matrimônio. Neste sentido Fenoillet & Sommières aduzem que “o declínio do caráter institucional da família e a privatização do direito que rege

esta última, são temas recorrentes na doutrina civil contemporânea” (2001, p.7), aproximando o casamento ao negócio jurídico, às regras dos contratos.

Em oposição, a vertente institucionalista defende ser o casamento uma instituição social, consolidada através da manifestação de vontade dos nubentes, os quais, após o ato volitivo, ficam submetidos a um estatuto de normas, prevalecendo, na lição de Henri de Page, o aspecto institucional ao afirmar que: “tout reside dans le mariage à l’idée de contrat, sauf le consentement des futurs époux, qui lui donne naissance” (1957, p.635).

Por sua vez, a teoria eclética ou híbrida defende que o casamento agrega aspectos contratuais e institucionais, ou seja, contrato na sua formação, pois se origina no livre consentimento dos nubentes, e instituição em sua existência e efeitos, em virtude da sua regulação por normas de ordem pública.

Com base nas considerações das vertentes doutrinárias supracitadas, pode-se dizer que o casamento é um contrato especial de direito de família, pois como bem observa Lecuyer “o princípio fundamental do contrato de casamento, mais santo dos compromissos, é a harmonia social, a ordem e a composição da grande família que é o Estado”. (2001, p.61). Nesse diapasão, o casamento é definido por Maluf como sendo:

Um ato solene, com forma prevista em lei, que tem em vista a formação de um grupo social, que visa o amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando o bem-estar, a felicidade, a perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade. (2010, p.126).

Como se observa, o casamento, manifestação sociocultural com maior impacto na vivência humana (ROSA, 2009), é uma modalidade especial de contrato no direito de família, tendo como principais elementos constitutivos o consentimento dos nubentes, e a realização dos anseios e planos pessoais de cada cônjuge através de uma comunhão plena de vida.

4.1.2. O casamento à luz da dignidade humana.

Do latim “*dignitas*”, que significa respeitabilidade, nobreza, aquilo que merece respeito ou reverência, a acepção do termo dignidade é alçada hoje a valor supremo. O conceito de Dignidade Humana é densamente discutido na sociedade contemporânea, e segundo Sarlet (2007), a definição é ampla, comportando controvérsias na doutrina, em razão de sua ambiguidade e porosidade.

Pode-se afirmar que a compreensão atual da dignidade humana nasceu através do cristianismo, sendo para Mendes “conquista do pensamento cristão” (2007, p.144), na ideia de que o ser humano foi criado por Deus a fim de dominar a terra e respeitar o outro, seu semelhante, igualmente filho de Deus. Neste sentido Silva Neto aduz que “para uma possível aproximação conceitual sobre dignidade da pessoa, é certo que tal entendimento se coliga com o pensamento advindo do Cristianismo, que crê que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus”. (2009, p.266).

Sobre o tema Poole argumenta que no cristianismo “toda pessoa – mesmo um escravo – tem um valor inato e merece respeito, simplesmente pelo fato de ser humano”. (2007, p. 24). Por outro lado, Comparato apregoa que:

(...) essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus. (2013, p. 30).

Os fundamentos teóricos do princípio da dignidade da pessoa, mandamento fundamental do direito contemporâneo, foram fortemente influenciados pelo pensamento de Kant sobre a ideia de autonomia do indivíduo. Nesta senda, Comparato se vale das noções Kantianas para lecionar que a dignidade “resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”. (2013, p.22). Destarte, atribuindo ao citado filósofo a mais remota exposição sobre esta norma suprema, Alexandre dos Santos Cunha obtempera que para Kant:

(...) a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. (2005, p.88).

Na visão de Matilde Carone Slaibi Conti, a dignidade humana “é um direito personalíssimo. (...) A dignidade de cada ser humano é uma categoria absoluta. (...) E sem dignidade não há povo, nem há pátria, não há nada. Nem há cidadãos” (2001, p. 31). Assim verifica-se o caráter intangível da dignidade da pessoa, na busca da igualdade e efetiva

liberdade dos sujeitos. Por sua vez Robert Alexy acrescenta que “a dignidade humana compõe o mínimo existencial que é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito, cuja garantia é regra obrigatória.” (1997, p. 81). Ingo Wolfgang Sarlet arremata destacando o valor da dignidade humana nos textos constitucionais no ordenamento estrangeiro:

(...) entre os países da União Europeia, as Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (artigo 1º.), consagram expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana; as Constituições da Itália (art. 27, inc. II) e da Turquia (art. 17, inc. III) embora não o tenham reconhecido em dispositivos autônomos, não deixaram de mencioná-lo, proibindo a aplicação de penas desumanas (Itália) ou atentatórias à dignidade da pessoa humana. (1999, p.100).

Como dito, a dignidade humana como princípio se reveste em norma suprema no direito contemporâneo. A partir do artigo 1º, inciso III da Carta Magna brasileira, pode-se depreender que o princípio da dignidade da pessoa é o fundamento da República, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o qual é aplicado ao longo de todo texto constitucional, orientando todas as relações jurídicas. Desta feita, quanto aos fundamentos da constituição, Canotilho apregoa que “(...) o Estado de Direito é um Estado antropológicamente amigo, ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade. (1991, p. 83).

O princípio da dignidade humana, norteador de todas as relações jurídicas no ordenamento brasileiro, é reconhecido e legitimado no Direito de Família como núcleo axiológico das famílias, inclusive as constituídas através do matrimônio. Constituir família, seja qual for o arranjo, apresenta-se como o mais humano dos direitos, pois, além de estar ligado ao direito à vida e de envolver as mais íntimas relações humanas, segundo Sérgio Resende de Barros, envolve outros direitos humanos fundamentais, tais como:

(...) a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação, bem como a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto dos direitos humanos, que se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar familiar (2003, p. 44)

Os referidos valores, ao serem reconhecidos nas relações familiares, promovem uma espécie de constitucionalização do direito da família, a qual abandona o “ter” e passa a pautar-se no “ser”, na lição de Mondin, considerando a pessoa do ponto de vista de sua dignidade “um valor absoluto, não um valor instrumental: ela pertence à ordem dos fins, e não à dos meios, à ordem do *frui* e não àquela do *uti*, para usar e não para ser utilizada, na linguagem de

Santo Agostinho”, (1998, p.43), pois a pessoa é o centro da atenção do Estado, apontando a busca da dignidade humana como elemento inerente do casamento, da família e da sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito humano número 16, anteriormente citado, como o direito de casar e de constituir família. Nos mesmos termos, o já mencionado artigo 226 da Constituição Federal, além de aduzir que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, ainda faz importante distinção das entidades familiares ao longo dos parágrafos do mencionado dispositivo, dando especial atenção topográfica ao casamento. Através destas predileções a Constituição buscou proteger a dignidade humana intrínseca dos arranjos familiares, sobretudo do casamento, resguardando o caráter pessoal de seus membros.

Para a aludida proteção à dignidade, mister se faz resguardar os direitos da personalidade dos cônjuges e dos demais membros, compostos de valores como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra e o nome. A própria Carta Cidadã no artigo 5º normatiza a salvaguarda dos direitos fundamentais supramencionados, todavia, no casamento, acentua-se a necessidade de tutela desses direitos, e não só no curso da relação familiar, mas também diante de seu rompimento, devendo a norma impedir qualquer violação a esse valor maior que é a dignidade humana.

Assim, nesta esfera de proteção e valoração do casamento como um direito humano fundamental, a Constituição, em seu artigo 226, reconhece os efeitos civis do casamento religioso (§2º), incentiva a conversão da união estável em casamento (§3º), promove a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (§5º), como também a paternidade responsável (§7º), dentre outras medidas que reafirmam a dignidade humana no casamento.

Por conseguinte, em obediência ao mandamento constitucional, o também citado artigo 1.511 do Código Civil prevê como principal finalidade do casamento a *comunhão plena de vida*. Daí decorre o elemento teleológico do matrimônio, qual seja, a realização dos anseios e planos pessoais dos membros que compõe a família casamentaria, permeada pelo amor e afeto, através do estabelecimento de uma comunhão plena de vida. Desta feita, na lição de Sérgio Resende de Barros, o que define a família:

(...) é uma espécie de afeto que, enquanto existe, conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. (...) O que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até

mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. (2002, p.8).

Para Wright, Simmons, & Campbell, (2007), o afeto e as relações de intimidade são parte integrante na vida dos indivíduos. Nestes termos Acevedo & Aron (2009), afirmam que, no último século, o casamento abandona o caráter de unidade essencial de sobrevivência econômica, passando a ser um símbolo da liberdade individual das sociedades ocidentais, tendo na sua gênese o ideal romântico do afeto e do amor. Nota-se que o afeto é elemento ponderoso, primordial para a construção da dignidade humana nas relações familiares hodiernas, podendo ser encontrado, inclusive, no artigo 5º do Projeto de Lei nº 2285/2007⁴⁶, que visa instituir o “Estatuto das Famílias”, nos seguintes termos:

Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

A partir destas circunstâncias que permeiam o casamento, como a comunhão plena de vida baseada no afeto, se verifica a motivação axiológica deste arranjo familiar para com a dignidade da pessoa. Ou seja, o casamento à luz da dignidade humana apresenta-se como verdadeiro núcleo de promoção, preservação e desenvolvimento dos direitos humanos de seus integrantes.

Na lição de Coelho & Oliveira sobre casamento, estes apregoam que se opera em seu seio “o segundo nascimento do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sociocultural, depois do seu ‘primeiro nascimento’ como indivíduo físico”. (2008, p.101). Desta feita, depreende-se que o casamento, como um dos instrumentos instituidores da família, célula básica da sociedade, é um direito humano fundamental, estando intrinsecamente atrelado ao direito à vida, já que o ambiente criado através do casamento deve ser compreendido como centro de formação e preservação da pessoa, da essência do ser humano.

⁴⁶ O Projeto de Lei nº 2285/2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, teve iniciativa do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e ficou conhecido como Estatuto das Famílias. O presente projeto tem por objetivo regular os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares, condensando-os em legislação específica.

4.2 GARANTIA AO CASAMENTO DA PESSOA COM SÍNDROME DE DOWN.

A partir do momento em que o Brasil se tornou signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, discute-se com mais ênfase a efetivação dos direitos destes sujeitos vulneráveis, todavia, infelizmente ainda é comum o desconhecimento a respeito de como tratar as pessoas com deficiência intelectual e quais são os limites de suas incapacidades.

Como já foi amplamente consignado, a Carta Magna brasileira em seu artigo 226 consagra a entidade familiar como organismo de grande relevância social. Desta feita, é inegável o seu papel na promoção da inclusão social das pessoas com deficiência intelectual, inclusive das pessoas com Síndrome de Down, as quais compõem parte significativa da população brasileira. Nesta seara o casamento se destaca como a forma mais tradicional de constituição de entidade familiar, e instrumento capaz de proporcionar a toda e qualquer pessoa uma significativa inserção social.

4.2.1 A sistemática da capacidade jurídica da pessoa com Síndrome de Down:

Derivada do latim “*capacitas*”, que significa, largura, amplidão, qualidade do que é capaz, a palavra capacidade possui contornos peculiares para o direito civil. A capacidade jurídica é gênero que se divide em duas espécies: capacidade de direito ou de gozo, e capacidade de fato ou de exercício. Preliminarmente, é imperioso estabelecer as diferenças entre estes dois tipos de capacidade, para uma melhor compreensão da capacidade das pessoas com Síndrome de Down.

No início do século passado o jurista português Guilherme Moreira (1907, p.153), tratou a capacidade como a “medida do poder jurídico” ou a “susceptibilidade do exercício pessoal dos poderes que por lei são atribuídos a uma pessoa”. Todavia não fez nenhuma distinção quanto as capacidades de direito e de exercício. Já o jurista italiano Nicola Stolfi, (1931, p.19), faz essa diferenciação aduzindo que “a capacidade jurídica é a qualidade de ser sujeito de direito”. Quanto a capacidade de fato ou de exercício, o mesmo autor leciona que “a *capacità di agire*, correspondente à *Geschäftsfähigkeit* ou *Handlungsfähigkeit* alemã, consubstancia uma medida do exercício da atividade jurídica.”

No mesmo sentido, em sua obra intitulada *Instituzioni di Diritto Civile*, Ruggiero, (1934, p.339-341), conceitua capacidade jurídica de gozo como sendo “a idoneidade para ser

sujeito de direito”. Já a capacidade de agir, ou capacidade em sentido próprio, seria “o exercício, pelo sujeito, de posições jurídicas”.

Na doutrina mais hodierna não se vislumbra nenhuma mudança conceitual substantiva. Tepedino, (2003), entende a capacidade de direito como o atributo genérico de titularizar direitos e obrigações, e a capacidade de fato como o exercício desses direitos através das relações jurídicas, conforme o regime de capacidade. Nesta senda, Lehmann (2007, p.235), define a capacidade jurídica como “a capacidade de ser titular de direitos e obrigações”.

Na lição moderna de César Fiuza (2015, p.163), a capacidade de direito é, portanto, “o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil. (...). Seria celebrar contratos, casar-se, agir em juízo, votar, ser votado, enfim, praticar todos os atos do dia a dia em geral.” Já a capacidade de fato para este autor seria “o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil.

Portanto, percebe-se a capacidade jurídica como sendo o conjunto de direitos e obrigações que cada sujeito pode titular e exercer. Toda pessoa ao nascer com vida, adquire capacidade de direito ou de gozo, ou seja, todos são capazes de contrair obrigações, de adquirir direitos e deles gozar. Contudo, nem todas as pessoas possuem aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, nem toda pessoa possui capacidade de fato ou de exercício. Daí decorre o instituto da incapacidade civil, que se traduz na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil.

Desta feita, a legislação civilista brasileira tratou em classificar os sujeitos de direitos em absolutamente incapazes, relativamente incapazes, e plenamente capazes. A classificação em testilha utiliza-se de um critério biopsicológico para graduar a capacidade do indivíduo, ou seja, se faz necessário a união de aspectos etários e de saúde física e mental. Assim, determinar legalmente a capacidade ou incapacidade de um sujeito dependerá da aptidão deste em compreender os atos da vida civil e de exercê-los de forma consciente.

Quanto a incapacidade, restrição legal de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os artigos 3º e 4º do Código Civil cuidam em definir quem são os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Por óbvio, as pessoas não inseridas nesse rol são, até prova em contrário, plenamente capazes.

A partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com vigência no Brasil desde a publicação do Decreto presidencial nº 6.949, de 25 de 2009, o país começou a contar com um marco regulatório de afirmação específica dos direitos das pessoas com deficiência. Por seu turno, a aludida Lei brasileira de inclusão dedica seu texto ao tratamento de direitos historicamente conspurcados, como o direito de participação na

vida pública e política, e, principalmente, o direito de constituir família através do casamento.

Pessoas com deficiência, sobretudo caracterizadas por limitações cognitivas, geralmente são interditadas judicialmente por serem vistas por seus familiares como incapazes de praticar atos da vida civil, o que acarreta na restrição de sua capacidade, impedindo-as de exercer pessoalmente seus direitos. Neste caso a ‘incapacidade’ do interditado é suplantada pela figura do curador. Todavia, este paradigma da incapacidade é combatido tanto pela mencionada Convenção, em vigor no Brasil desde 2009, como pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146/2015. Os mencionados marcos regulatórios reconhecem que as pessoas com deficiência possuem capacidade para exercer seus direitos em igualdade de condições em relação a pessoas sem deficiência.

Sobre este elemento primordial para afirmação dos direitos das pessoas com deficiência que é a capacidade, a aludida Convenção estabelece nos artigos 12.2 e 12.3 que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, além de impor aos Estados signatários adoção de medidas que possibilitem o livre acesso da pessoa com deficiência às ferramentas necessárias para o pleno exercício de sua capacidade. Senão vejamos:

Art. 12: Reconhecimento igual perante a lei

2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

Como se vê, o mencionado dispositivo determina a quebra da supressão da capacidade jurídica da pessoa com deficiência, representada pelo tradicional paradigma de que todos os seres humanos possuem capacidade de direito, ao passo em que a capacidade de exercício sofria limitações em razão da deficiência. À vista disso, ao comentar sobre capacidade jurídica na Convenção em estudo, Cleide Ramos (2008) consubstancia:

Ao dispor que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica nas mesmas bases que as demais pessoas, a Convenção avança e impede a supressão da capacidade civil da pessoa com base na sua deficiência. (...). O desafio que se coloca quanto à observância da Convenção Internacional perpassa basicamente pela ruptura dessa visão estigmatizante e pela adoção de medidas de efetiva inclusão social da pessoa com deficiência, semeando na sociedade a capacidade de conviver com a diversidade sem se sentir ameaçada por ela.

Em decorrência destas quebras de paradigma promovidas pela Convenção de 2006, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146/2015, aduz em seu artigo 84 que deve ser assegurado a pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Destarte, ao alterar o Código Civil, a LBI promoveu significativas exclusões no rol dos absolutamente e relativamente incapazes, representando um ponto de partida nas chamadas ‘medidas apropriadas’ mencionadas no artigo 12.3 da CDPcD. Todavia, vale salientar que a LBI é motivo de divergências e constantes discursões doutrinárias, sobretudo pela dificuldade de avaliá-la.

Para Tartuce (2015), a classificação do incapaz na nova ótica do aludido Estatuto é controversa, visto que em determinado momento pessoas com enfermidade mental ou deficiência intelectual podem ser consideradas absolutamente incapazes, ou em outro momento relativamente incapazes. No entanto, além da importância de saber que deficiência intelectual não é o mesmo que enfermidade mental, ambas possuem variados tipos de incidência e gradação, atingindo distintamente a capacidade da pessoa, principalmente o que tange seus estágios de consciência.

Segundo o artigo 3º do Código Civil brasileiro, “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Antes das alterações sofridas pelo Código Civil em 2015, também se consideravam absolutamente incapazes as pessoas que, **por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e também as que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.**

Atualmente, com as alterações inseridas no Código Civil pela Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes. Para suprimir a ausência de capacidade de exercício os absolutamente incapazes são representados pelos pais, tutores ou curadores.

Quanto aos relativamente incapazes, antes das alterações sofridas em 2015 pela Lei 13.146/2015, o Código Civil brasileiro em seu artigo 4º considerava incapazes relativamente para certos atos da vida civil os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, **por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;** e os pródigos.

Com as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência são considerados relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente,

não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos. Os relativamente incapazes terão sua capacidade integralizada pela assistência de seu representante legal.

Percebe-se o aspecto etário como única variável para determinar a incapacidade absoluta do indivíduo. Não se trata de ausência de discernimento para compreender alguns atos, mas sim, porque a vontade do absolutamente incapaz não pode preponderar sobre a do representante, que tem mais condições de julgar o que é ou não conveniente ou prejudicial para o menor de 16 anos.

Já na incapacidade relativa, existe tanto a variável da idade, como também envolve aspectos físicos (os ébrios habituais e os viciados em tóxico) e psíquicos (aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos). Entende-se que os relativamente incapazes possuem discernimento, porém este, por razões biopsicológicas, não é pleno, e, apesar de sua vontade ser levada em conta, necessitam apenas de uma pessoa para assisti-los nas práticas dos atos da vida civil. (FIUZA, 2015).

Como consequência das alterações promovidas nos dispositivos atinentes a capacidade, o instituto da curatela também sofreu significativa alteração. Segundo o artigo 1.767 do diploma civilista, que trata do tema, a curatela não mais se aplica "aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil", "os deficientes mentais" e "os excepcionais sem completo desenvolvimento mental". Portanto, são passíveis de curatela apenas os ébrios habituais e os viciados em tóxico, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Sobre esta última hipótese de aplicação da curatela percebe-se que há um risco de a mesma ser vista como subterfúgio para que pessoas com deficiência intelectual, como a Síndrome de Down por exemplo, que possuam 'dificuldades' de expressar sua vontade sejam curateladas. É inegável que o legislador teve dificuldades em situar a norma devido à grande quantidade de enfermidades mentais, e sobretudo pelo fato de deficiência intelectual não ser enfermidade, deixando a Lei para as interpretações de quem irá aplicá-la.

Porém, é inegável que a LBI traz em seu bojo o princípio constitucional da isonomia, que tem o condão de garantir que todos sejam tratados de modo igualitário, o que pode assegurar a dignidade da pessoa com deficiência, a depender de sua efetiva aplicação.

Neste diapasão, cumpre mencionar o direito comparado. Interessante a posição Canadense no que diz respeito a capacidade das pessoas. Diferentemente do Brasil o Canadá não possui um vasto arcabouço legal versando sobre direito e cidadania, apenas uma lei

nacional – *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982)⁴⁷, ou Carta Canadense de Direitos e Liberdades, a qual garante direitos políticos e civis a todos os cidadãos canadenses.

Na dicção do artigo 15 da mencionada Carta, todos os cidadãos são considerados iguais perante a lei. Sobre o direito Canadense, Dantas afirma que:

[...]uma das grandes inovações trazidas, no que diz respeito à efetividade dos direitos humanos, foi a possibilidade de todos os direitos poderem ser exercidos por qualquer pessoa, uma vez que o documento define como pessoa capaz qualquer cidadão que possua mais de 21 anos. Isso significa que, diferentemente do Brasil, desde que os pais ou responsáveis não vão a juízo requerer a interdição parcial ou total, a capacidade legal das pessoas com deficiência é presumida quando elas atingem a maioridade, situação que lhes dá o direito de dirigir, trabalhar, casar, ter filhos, ter conta bancária etc. (2014, p.105)

No tocante a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, esta foi ratificada pelo Canadá em 11 de março de 2010, sendo um grande marco para aquele país em relação à conquista de direitos das pessoas com deficiência. Ao ratificar a CDPcD, o governo canadense emitiu a seguinte declaração⁴⁸:

“Canada recognises that persons with disabilities are presumed to have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of their lives. Canada declares its understanding that Article 12 permits supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law. To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards. With respect to Article 12 (4), Canada reserves the right not to subject all such measures to regular review by an independent authority, where such measures are already subject to review or appeal.”.⁴⁹

Sobre a aludida declaração canadense Bariffi (2014) comenta que apesar da clareza dos seus termos, sua redação reflete uma manifestação temporária, ou seja, o Canadá não rechaça as implicações do artigo 12 da CDPcD, contudo, prefere reservar a aplicação deste

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.pch.gc.ca/eng/1356631760121/1356631904950>> Acesso em: 24/11/2016

⁴⁸ (Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en> Acesso em: 24/11/2016)

⁴⁹ “O Canadá reconhece que se deve presumir que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais em todos os aspectos da sua vida. O Canadá declara que, de acordo com seu entendimento, que o Artigo 12 permite medidas de apoio e de substituição na tomada de decisões em circunstâncias apropriadas e de acordo com a lei. Na medida em que o Artigo 12 pode ser interpretado como exigindo a eliminação de todos os acordos de substituição na tomada de decisões, o Canadá se reserva no direito de continuar seu uso em circunstâncias apropriadas e sujeito a salvaguardas apropriadas e efetivas. No que se refere ao n.º 4 do artigo 12.º, o Canadá reserva-se no direito de não sujeitar todas essas medidas a uma revisão regular por uma autoridade independente, quando essas medidas já estão sujeitas a uma revisão ou recurso.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/>>)

dispositivo a partir do momento em que o direito interno tenha condições de cumpri-lo integralmente.

Na América do Sul a Venezuela é o contraste do modelo canadense, e ocupa posição inferior ao Brasil no que diz respeito à capacidade jurídica da pessoa com deficiência. Ao ratificar a CDPcD, o governo venezuelano emitiu a seguinte declaração⁵⁰:

The Bolivarian Republic of Venezuela reaffirms its absolute determination to guarantee the rights and protect the dignity of persons with disabilities. Accordingly, it declares that it interprets paragraph 2 of Article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and any provisions in Venezuelan legislation, the provisions that guarantee the greatest legal protection to persons with disabilities, while ensuring their well-being and integral development, without discrimination, shall apply.⁵¹

Na exegese de Bariffi (2014), a declaração venezuelana se mostra temerária pois demonstra claramente nas entrelinhas a intenção daquele Estado em não aplicar as disposições do artigo 12, sob o pretexto de considerar o direito interno como mais protetor que a própria CDPcD.

Por todo o exposto, após breve análise do direito comparado, percebe-se que a conjugação dos termos da convenção com as consequentes alterações no direito civil brasileiro reconhece que as pessoas com deficiência têm plena capacidade legal. Todavia, observar a Convenção de 2006 em todos os seus termos é romper a visão estigmatizante da sociedade em relação a pessoa com deficiência e adotar medidas de efetiva inclusão social para estes sujeitos de direitos. Ou seja, cabe ao Estado brasileiro não apenas criar medidas legais, mas também prover o apoio necessário com vistas ao pleno exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência.

4.2.2 Casamento da pessoa com Síndrome de Down: um direito humano fundamental sob a ótica do relativismo cultural.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, preleciona que o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo reside no reconhecimento da

⁵⁰ (Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en> Acesso em: 24/11/2016)

⁵¹ “A República Bolivariana da Venezuela reafirma sua absoluta determinação de garantir os direitos e proteção da dignidade das pessoas com deficiência. Nesse sentido, declara que interpreta o parágrafo 2 do artigo 12 da Convenção de modo que, em caso de conflito entre esse parágrafo e quaisquer disposições da legislação venezuelana, as disposições que garantam maior proteção jurídica às pessoas com deficiência, assegurando ao mesmo tempo o seu bem estar e desenvolvimento integral sem discriminação, deverão prevalecer.” (Traduzido por Michaelis Online. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-espanhol/>>)

dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis, e inaugura a série de direitos humanos fundamentais estabelecendo no artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Nestes termos a Carta de 1948 reconhece que a dignidade é própria à pessoa humana, a qual é o centro da atenção do Estado. Destarte, Francis Fukuyama aduz que:

Mas uma outra razão importante para a persistência da ideia da universalidade da dignidade humana está ligada ao que poderíamos chamar de a natureza da própria natureza. Muitos dos fundamentos sobre os quais certos grupos tiveram historicamente negado seu quinhão de dignidade humana demonstraram ser simplesmente uma questão de preconceito, ou ao basear-se em condições culturais e ambientais que podiam ser mudadas. (2003, p. 165).

Neste contexto o Universalismo Cultural propõe o estabelecimento de uma ética universal calcada na proteção cooperativa dos direitos humanos, como consequência da globalização social e dos processos de internacionalização desses direitos. Para Rabenhorst (2002), o discurso instituidor dos direitos humanos, após a promulgação da Declaração da ONU de 1948, traz a ideia de universalização do Direito com o intuito de promover valores universais inquestionáveis. Todavia, o mesmo autor assevera que, do ponto de vista histórico, este processo de universalização sofre oscilações entre as diversas formas de utopia comunitária.

Assim, Norberto Bobbio em seu contributo crítico, assevera que:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas. (2004, p.25)

Para Bobbio não é cabível a análise dos fundamentos e da natureza dos direitos humanos, tendo em vista que o problema se centra em como proteger tais direitos, envolvendo problemática não somente filosófica, mas principalmente jurídica e política. Ou seja, deve-se buscar a efetividade dos direitos humanos para impedir que, apesar de positivados em declarações solenes, eles sejam continuamente violados, pois a ideia universal dos direitos humanos como mera igualdade formal dá guarida a uma concepção segregadora.

Essa é justamente a proposta do relativismo, que, ao contrário do universalismo que prima em analisar o homem natural (descontextualizado), àquela concentra-se nos particularismos que caracterizam os homens, sobretudo nas diversidades existentes entre os sujeitos de direitos.

Neste contexto, cumpre mencionar que o conceito de Deficiência intelectual passou no decorrer dos anos por diversas definições e terminologias para caracteriza-lo. Hoje a Deficiência Intelectual, segundo a Associação Americana sobre Deficiência Intelectual do Desenvolvimento, caracteriza-se por um funcionamento intelectual inferior à média, associado a limitações adaptativas em pelo menos duas áreas de habilidades (comunicação, autocuidado, vida no lar, adaptação social, saúde e segurança, uso de recursos da comunidade, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho), que ocorrem antes dos 18 anos de idade.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2006, define em seu artigo 1º a conceituação de pessoa com deficiência como sendo “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”. Ou seja, a pessoa com deficiência possui restrições físicas, sensoriais, intelectuais, contudo, estes elementos não lhe retiram a capacidade para ser considerada sujeito de relações jurídicas, para exercer sua cidadania de forma plena.

No panorama da deficiência intelectual é imprescindível encontrar definições apropriadas para cidadania, o que pode ser feito através de Adela Cortina, para quem cidadania “é conjunto de direitos e liberdades políticas sociais e econômicas, já estabelecidas ou não pela legislação” (2005, p.45). Tratando de cidadania Hannah Arendt (1983) a considera como sendo a prerrogativa política do direito a ter direitos, criticando a concepção exclusivamente jurídica de cidadania como mera intitulação de direitos, indicando a necessidade de participação dos cidadãos na esfera pública.

Tomando por base estas ideias sobre cidadania, necessário pensar agora sobre a mesma no âmbito da pessoa com deficiência intelectual. Ressalte-se que o direito de exercer uma cidadania plena, como o direito à educação, à participação na vida pública e política, o acesso à justiça, e os concernentes as relações familiares como o casamento, a constituir família, à maternidade e paternidade e à vida sexual, se constitui em direito fundamental inerente à própria condição de ser humano, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é definido por Sarlet como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos

da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2012, p. 6).

Desta premissa, observa-se a dignidade como princípio constitucional fundamental, um verdadeiro atributo da personalidade humana. Assim, Diniz (2007), trata da deficiência intelectual como condição da pessoa humana com impedimentos, limitações de atividades ou restrições de participação, mas que não retira do indivíduo os seus atributos de pessoa humana e nem o incapacita de exercer plenamente sua cidadania.

Neste sentido, pode-se afirmar que todo ser humano, adulto ou criança com impedimentos de ordem intelectual são cidadãos. Desta feita Nussbaum afirma que “(...) qualquer sociedade decente deve responder às suas necessidades de assistência, educação, auto respeito, atividade e amizade”. (2013, p.120).

Sobre este tema Comparato diz que “(...) a revelação de que todos os seres humanos, apesar de inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito (...) - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode firmar-se superior aos demais” (2008, p. 1).

Depreende-se que a pessoa com Síndrome de Down, uma vez que possui capacidade de compreensão e discernimento, não pode ter negado o direito de compartilhar afeto. Nesta senda, Ferraz pontifica que a formação de entidade familiar “tem o seu apelo no afeto, na busca da satisfação pessoal e coletiva, sexual e amorosa e no desejo contido de felicidade, desejo esse que não é ceifado, muito menos reduzido pela existência da deficiência”. (2012, p.331).

Neste diapasão Pontes de Miranda (2012) pontifica que a cognoscibilidade e a autodeterminação são a viga mestra da capacidade de fato ou de exercício, sendo possuidor desta capacidade a pessoa que compreende e se autodetermina, e que, portanto, tem pleno poder de gerenciar sua vida, seus negócios e seus bens.

Cumprê lembrar que Síndrome de Down, ao contrário do que muitos podem pensar, não é uma patologia. Na verdade, é uma condição genética caracterizada por limitações cognitivas que constitui a mais comum espécie de deficiência intelectual no Brasil. Esta síndrome, conforme preleciona Moreira *et al* (2000), já é conhecida há mais de um século, resultante da trissomia do cromossomo 21, sendo uma condição permanente que não pode ser modificada. Contudo, a inclusão destes sujeitos de direitos na sociedade vem se tornando cada dia mais frequente.

Segundo dados da Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down – FBASD⁵², pessoas com Síndrome de Down conseguem trabalhar em empresas e desenvolver suas funções tão bem quanto os funcionários que não possuem a deficiência. Desenvolvem vida social ativa e alguns contraem matrimônio, possuindo capacidades normais de prover o lar e até filhos, a depender de cada caso.

Imperioso destacar que, conforme já mencionado em tópico anterior, a CDPC através do seu artigo 12 estabelece que as pessoas com deficiência gozam de capacidade civil em igualdade de condições com as demais, e que este mesmo dispositivo foi o propulsor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual modificou as regras da capacidade jurídica no Direito brasileiro.

Com isso, na lição de Ferraz & Leite pessoas com Síndrome de Down estariam “legalmente aptas a exercer de forma plena sua vida afetiva e sexual, podendo, assim, formar um núcleo familiar a partir de relacionamento conjugal, fruto de escolha autônoma e livre das ingerências de terceiros.” (2014, p.155).

O casamento da pessoa com Síndrome de Down além ser um ato solene é, sobretudo, um ato de amor e afeto. Assim, existindo afeto entre aquelas pessoas é primordial a conjugação do amparo legal com políticas públicas de inclusão que permitam que os aludidos sujeitos possam vivenciar a experiência do matrimônio, fundamental para o alcance de uma vida plena e digna a partir da autonomia da vontade daquele que a deseja. Neste sentido Worrell (2007, p.07) afirma que “pessoas com deficiência são como outros seres humanos. Pessoas com deficiência querem ser vistas como pessoas valiosas, ter dignidade e respeito, ser aceita pelos outros, participar e ser reconhecida pela sociedade.”

Esta lição traduz o desejo das pessoas com Síndrome de Down de serem vistas como seres humanos e, conseqüentemente, como sujeito de direitos. Pode-se, assim, afirmar que a pessoa com Síndrome de Down, como destinatária de todos os direitos previstos constitucionalmente, deve ter a garantia de contrair matrimônio ou constituir relação convivencial. Destarte, a viabilidade do casamento da pessoa com Síndrome de Down, além de ser um direito fundamental destes sujeitos de direitos, apresenta-se também como instrumento de inserção social da pessoa com deficiência, a fim de que possam gozar de uma vida digna e sem discriminação.

⁵² Disponível em: <<http://www.federacaodown.org.br/portal/>> Acesso em 30/11/2016.

5 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO DE CASAR E ESTABELECEER FAMÍLIA NO BRASIL

A partir da necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência possam exercer plenamente e sem discriminação os direitos humanos e liberdades fundamentais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) se constitui como um marco na história do Brasil, sendo o documento mais importante em relação a pessoa com deficiência.

Não obstante os contornos universais que possuem os Direitos Humanos, nem todos os seres humanos conseguem desfrutar desses direitos. No Brasil, dentre a significativa parcela da população que historicamente teve direitos conspurcados destacam-se as pessoas com deficiência intelectual, as quais correspondem a 0,8% da população brasileira segundo dados do IBGE⁵³.

5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OPERADO NO CAMPO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

Uma das consequências observadas no momento pós 2ª Guerra foi o desenvolvimento paulatino de uma agenda visando o reconhecimento de direitos humanos marcada pela edição de diplomas internacionais norteados pela construção do conceito de dignidade humana, princípio jurídico e fundamento republicano de nosso Estado.

Diversas normas internacionais sobre os direitos supramencionados foram sendo positivadas em cartas constitucionais, aduzindo dimensões de direitos fundamentais a serem garantidos, contudo, diante da ideia de soberania, discrepância culturais entre povos ou mesmo carência de ação estatal, por vezes a efetividade na garantia de alguns destes direitos encontra entraves, requerendo busca de soluções jurídicas, uma vez que se tratam de direitos universais, indivisíveis e interdependentes. Tal efetividade conduz, dentre outros temas, a debates doutrinários acerca da compatibilização vertical das normas internas em face da Constituição e de tratados internacionais de direitos humanos (TIDH).

No Brasil, a questão da internalização de normas dispostas em tratados internacionais de direitos humanos é tema que remete à necessidade de atuação do Poder Legislativo, uma

⁵³ IBGE, censo demográfico de 2013

vez que cabe a este o papel precípua de integralizar as lacunas normativas do nosso sistema jurídico, positivando na ordem interna direitos reconhecidos no âmbito internacional, contudo, diante de omissões, o Poder Judiciário tem assumido um papel protagonista, isto verificado em face dos entendimentos jurisprudenciais emitidos em diversos momentos, a exemplo daqueles emanados do Supremo Tribunal Federal – STF.

Com na vigência da Constituição de 1988, os tratados e demais diplomas internacionais puderam ser incorporados à ordem jurídica brasileira como se fossem verdadeiras normas constitucionais, contudo, até chegar a este patamar, algumas correntes se revelaram para tentar explicar o modo pelo qual os tratados e convenções internacionais, notadamente os de direitos humanos, poderiam ser incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

Uadi Lammêgo Bulos (2014) esclarece que desde o surgimento da Carta de 1988, a Carta “Cidadã”, formaram-se quatro correntes sobre o modo de internalização de norma disposta em tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a saber: corrente do status supraconstitucional; corrente do status supralegal; corrente do status de lei ordinária; e corrente do status constitucional.

A corrente do status supraconstitucional informa que os TIDH possuem superioridade na ordem interna, ou seja, há o reconhecimento da *“existência de uma supremacia supranacional, de natureza jurídica, normativa, coativa e imperativa, que equivaleria ao normativismo supranacional”* (BULOS, 2014, p. 718), sendo este o posicionamento do STF em diversos precedentes nos anos 1940 e 1950, entendimento que somente foi alterado a partir de 1977 quando a Corte passou a equiparar os tratados às leis ordinárias.

A corrente do status de lei ordinária aduz que os TIDH e as leis ordinárias federais têm mesma hierarquia jurídica, submetendo-se ao princípio de que lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível. Estar-se diante da *“tese da paridade hierárquica entre os tratados de direitos humanos e a lei federal”* (BULOS, 2014, p. 718). Neste sentido, tal ideia remete ao Recurso Extraordinário nº80.004 de 1977, em que o STF decidiu o conflito entre tratado e lei posterior, em que esta última, diante de ser a última vontade do legislador, deveria ter sua prevalência garantida pelo Poder Judiciário, apesar das consequências do descumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país. Tal posicionamento prevaleceu inclusive após a Carta “Cidadã”⁵⁴.

Por sua vez, a corrente do status supralegal consiste no entendimento de que os TIDH são como *“estatutos situados em posição intermediária entre as leis internas que regem o*

⁵⁴ Como exemplo, ocorreu no HC72.131 de 1995 que decidiu sobre a prisão civil por dívida do depositário infiel

País e a Constituição” (BULOS, 2014, p. 718), logo, são normas superiores às leis infraconstitucionais, possuindo a característica de supralegalidade, ou seja, ocupam posição inferior às normas da Constituição, sujeitando-se à sua supremacia, mas que não podem ser equiparada a uma lei ordinária em face da relevância para o sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Deste modo, há de se fazer uma diferenciação entre normas de convenções internacionais sobre direitos humanos (supralegais) e normas de tratados internacionais sobre as demais matérias, estas últimas equiparadas às leis ordinárias.

Por fim, a corrente do status constitucional declara que os tratados internacionais de direitos humanos assumem qualificação constitucional. Neste sentido, os TIDH celebrados pelo Brasil antes do surgimento da Emenda Constitucional 45/2004⁵⁵ “*revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade*” (BULOS, 2014, p. 719). Como consequências desta última corrente, tem-se que:

(i) o princípio da dignidade humana é valor supremo a ser observado no exame do tema (CF, art. 1º, III); (ii) os tratados sobre direitos humanos apresentam superioridade no plano internacional, pois integram o jus cogens (direito cogente e inderrogável); (iii) se os tratados internacionais em geral têm força hierárquica infraconstitucional, seguindo o regime do art. 102, II, b, da Carta de 1988, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos possuem a natureza de norma constitucional, apresentando um caráter especialíssimo, diferente daquele atribuído aos tratados internacionais comuns; e (iv) enquanto os tratados comuns visam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, os tratados sobre direitos humanos transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, pois objetivam a salvaguarda de direitos humanos, e não de prerrogativas estatais. (BULOS, 2014, p. 719) (grifo nosso)

No sistema jurídico brasileiro, diante da Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o parágrafo 3º ao Art. 5º da Constituição, introduziu-se a possibilidade dos TIDH, aprovados com um *quorum* qualificado, serem equivalentes às emendas constitucionais, passando agora a terem um status materialmente constitucional, bem como atendimento observarem condição formal (procedimento legislativo). Esta inovação possibilitou um reforço à tutela dos direitos fundamentais implícitos e explícitos depreendida do Art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição:

Art. 5º, § 2º, CF: 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. (BRASIL, 1988)

⁵⁵ como o Pacto de São José da Costa Rica.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2009) esclarece que este acréscimo constitucional (art. 5º, §3º, CF/1988) introduziu ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, a saber: o controle de convencionalidade das leis.

O controle de convencionalidade consiste na “*a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país*” (MAZZUOLI, 2009). Assim os tratados de direitos humanos ou serão materialmente constitucionais (art. 5º, §2º, CF/1988) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, §3º, CF/1988), por conseguinte, é possível entender que, para além do clássico controle de constitucionalidade já existente no nosso sistema jurídico, em que a norma doméstica é confrontada com as normas preconizadas na Constituição, deve-se ainda ter observância de um controle de convencionalidade em face de situações jurídicas envolvendo direitos humanos. Neste sentido, os TIDH passam a ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais.

Mazzuoli (2009) clarifica que o produto legislativo interno deve estar em sintonia com a ideia de um sistema de Estado Constitucional e Humanista de Direito, que leva em consideração as diversas de fontes normativas de hierarquia distintas com origem no direito interno (Constituição e leis infraconstitucionais) e direito internacional (diplomas supranacionais de direitos humanos). Assim, importa sempre realizar um diálogo de fontes jurídicas, necessário à melhor tutela da pessoa humana, podendo os TIDH servirem como parâmetro de controle diante de casos em que os controles de constitucionalidade (concentrado e difuso) não são hábeis para atuar.

O controle de convencionalidade tem seu marco histórico em face da decisão 74-54DC de 1975 no âmbito do direito francês. Na época, o Conselho Constitucional daquele Estado entendeu ser incompetente para analisar a compatibilidade das leis nacionais com normas dos tratados ratificados pela França, apresentando uma questão de convencionalidade preventiva em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Neste sentido, a ideia de convencionalidade nasceu como uma técnica legislativa/hermenêutica, complementar ao consolidado controle de constitucionalidade, visando adaptar ou conformar os atos e leis produzidos internamente aos compromissos assumidos pelos Estados na esfera internacional.

No sistema jurídico brasileiro, percebe-se que há direitos humanos que, por não terem alcançado o “*status* de emenda constitucional” possuem natureza materialmente constitucional, mas formalmente infraconstitucional/supralegal, situação que aduz insegurança jurídica no sentido de mitigar a efetividade normativa no plano interno, uma vez

que estar-se diante de direitos implícitos e explícitos ligados à dignidade humana, analisados sob o viés material/ formal, bem como carentes de tratamento isonômico.

De fato, haverá situações em que a tutela de certos direitos humanos não encontrarão salvaguarda nos instrumentos de controle de constitucionalidade, uma vez que a Carta Magna não serve de parâmetro para aduzir solução jurídica. Assim, faz-se necessária outras ferramentas para proteção almejada, de forma que os Poderes estatais possam ser compelidos a atuar, ou seja, que direitos humanos sejam efetivamente adimplidos.

O cenário supramencionado pode ser verificado diante da compatibilidade material de algumas normas infraconstitucionais em que nosso controle de constitucionalidade não se apresenta como mecanismo capaz de garantir efetivamente o direito humano, uma vez que nossa Carta “Cidadã” estabelece a regra de que somente normas constitucionais originárias, normas decorrentes de reforma ou revisão constitucional e normas editadas em TIDH aprovadas segundo o rito das emendas constitucionais (art. 5º, § 3º da CF/1988), teriam posição normativa de emenda constitucional ou que se comportem como uma, como ocorre neste último caso. Por conseguinte, salvo as situações em comento, os demais direitos humanos restariam prejudicados em virtude da mitigação de sua força normativa no âmbito interno.

A situação exposta implica em entraves à busca por uma cultura de direitos humanos. Qualquer prejuízo à eficácia social destes direitos reflete na verdade em prejuízo ao Sistema Global de Proteção Geral, norteado pela Carta das Nações Unidas, diploma que representa o marco do processo de internacionalização dos direitos humanos ocorridos no pós-guerra, ou mesmo aos Sistemas Globais de Proteção Específica, como exemplo o que representa a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), internalizada na ordem jurídica pátria em conformidade com o art. 5º, §3º, da CF.

A questão da compatibilidade vertical remete ao próprio estudo dos planos de existência, validade, vigência e eficácia da norma jurídica, não se podendo confundir tais conceitos, principalmente diante da ideia de um sistema de Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Mazzuoli (2009), confrontado o positivismo clássico do modelo kelseniano, ensina que uma determinada lei interna poderá ser considerada vigente em face de atender o texto constitucional, porém, ser inválida nos casos em que estiver em desacordo com TIDH. Neste sentido, há necessidade de verificar a compatibilidade vertical material com a Constituição, bem como com TIDH. Por conseguinte, a produção legislativa doméstica depende, para sua

validade e consequente *eficácia*, estar de acordo tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais ratificados pelo nosso Estado⁵⁶.

Sob a perspectiva do controle de constitucionalidade, a compatibilidade com o texto constitucional pode ser realizada por via difusa, resolvendo os conflitos de interesse submetido a um juiz ou Tribunal, ou pela via concentrada (ou *abstracta*), sendo esta realizada por meio de remédios constitucionais perante o STF, sendo exemplos de mecanismos a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, ação de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros.

Desta forma, a lei que conflita com a Constituição será inconstitucional e inválida, não recepcionada (igualmente inválida) nas situações de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 ou inválida caso conflite com TIDH, pouco importando se anterior ou posterior a Carta Magna (MAZZUOLI, 2009), ou seja, tais situações levam a invalidade da produção legislativa em face limites formais e materiais à luz da verificação de compatibilidade das leis com a normas expressas ou implícitas na Constituição.

Superado o controle de constitucionalidade, verifica-se que não basta que a norma de direito doméstico ser compatível apenas com a Constituição Federal. Há de se ter em mente que “*a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno*” (MAZZUOLI, 2009, p. 3), pois, esta deve ser compatível com a Constituição e os TIDH, sob pena da norma estar em desarmonia com os limites verticais materiais norteados pelos tratados internacionais em vigor no plano interno. Com efeito, a norma pode ter vigência, está de acordo com a Constituição, respeitar o procedimento formal da sua elaboração, estar oficialmente publicada, todavia, não necessariamente deve ser considerada válida no plano interno em face da incompatibilidade supramencionada, sob a ótica do Estado Constitucional e Humanista de Direito.

O controle de convencionalidade, de natureza complementar, pode ser exercido tanto por órgãos da justiça nacional quanto por tribunais supranacionais criados por convenções entre Estados, inclusive, sujeitando-se estes a esta jurisdição em face dos compromissos assumidos.

O controle de convencionalidade pode ser *concentrado*, sendo exercido pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do parâmetro adotado ser os TIDH aprovados pelo rito do art. 5º, §3º, da CF/1988 (MENDES, 2005) ou mesmo o controle de convencionalidade difuso,

⁵⁶ Mazzuoli inclusive defende uma dupla compatibilidade, a saber: a primeira em relação à Constituição e TIDH; e a outra em relação a tratados internacionais comuns, que teriam o caráter de supralegalidade.

realizado por juízes e tribunais, cabendo no exercício da jurisdição realização de um diálogo das fontes, para resolver questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira.

Segundo Mazzuoli (2009), José Afonso da Silva preleciona que a inconstitucionalidade (*inconvencionalidade...*) aplica-se tão somente às normas infraconstitucionais violadoras de normas internacionais aprovadas pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF/1988, seja em controle difuso ou concentrado. Fora disto, as demais normas de direitos humanos possuem no sistema interno nível da lei ordinária, com solução de eventuais antinomias resolvidas pela colidência entre *lei especial* e *lei geral*, afastando assim os demais tratados como paradigma de controle de convencionalidade. O autor, filiando-se à corrente em posicionamento contrário, observa que a aprovação por meio do *quorum* qualificado (art. 5º, § 3º) não torna a norma constitucional, mas tão somente equivalente a uma Emenda Constitucional, algo não é a mesma coisa. Neste sentido, antes da EC/45, todos os TIDH já possuíam tal natureza em face do art. 5º, §2º, da Constituição.

Considerando os TIDH equivalentes às emendas constitucionais, como o caso da CDPD, nada obsta a propositura perante o STF de remédios constitucionais para garantir direito humanos, uma vez que a este incumbe a “guarda da Constituição” (art. 102, I, alínea “a”, da CF/1988), bem como realizar o controle de convencionalidade das leis, servindo a este mecanismo as ação do controle concentrado de constitucionalidade já previstas na Carta de 1988 na medida em que o tratado paradigma em causa é equivalente a uma norma constitucional. Em arremate:

(...) todos os tratados que formam o corpus juris convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade (...) a) tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle difuso), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; b) tratados de direitos humanos que têm apenas “status de norma constitucional” (não sendo “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle difuso de constitucionalidade/convencionalidade. (Mazzuoli, 2009, p. 22)

Tratando-se de direitos da pessoa com deficiência, verifica-se a necessidade de mecanismos para dar efetividade as normas da CDPD quando das situações de omissão legislativa ou inercia da Administração Pública, situações em que os controles de constitucionalidade e convencionalidade podem atuar para a concretização normativa da CDPD.

O controle de convencionalidade vem sendo aplicado em diversos casos pelo Poder Judiciário. Neste sentido, o ativismo deste Poder representa um ponto positivo no sentido de buscar a eficácia social de direitos humanos inerentes aos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, cumprimento ao propósito maior da CDPD que é tutelar o pleno exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

Ao estabelecer como um dos fundamentos da nossa república a dignidade humana, ao Estado brasileiro impõe-se uma atuação para perscrutar as situações deficientes de garantia dos direitos humanos da pessoa com deficiência.

Há um dever de ação legiferante para concretização de direitos, integralizando as lacunas normativas ou mesmo o dever de prudência ao editar normas que afrontem os avanços obtidos, ou seja, não basta seguir as formalidades procedimentais da produção legislativa, deve-se buscar sobretudo as exigências substanciais.

Da mesma forma, deve o Poder Executivo atuar com políticas públicas, de forma que as normas dispostas na CDPD possam concretizar a vontade do legislador. Assim, a Administração Pública deve agir, regulamentando situações e prestando serviços para atender os anseios de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis.

Do mesmo modo, o papel do Poder Judiciário é de extrema relevância no sentido do desenvolvimento e concretização de uma cultura efetiva dos direitos humanos, devendo atuar com a criação da normas em face do caso real para integrar lacunas normativas e realizar interpretação/densificação de normas (regras e princípios jurídicos) para solução das demandas que lhes são submetidas, tendo como norte a primazia da dignidade humana, inclusive, com a superação de ideias oriundas do positivismo legalista, que interpretam conceitos como “vigência” e “validade” em prejuízo à proteção da dignidade humana, sob pena de introduzir-se desarmonia no sistema jurídico pela não observância das discrepâncias existentes entre Direito e lei.

Os controles de constitucionalidade e de convencionalidade se apresentam como mecanismos para garantia de direitos da pessoa com deficiência, sendo que este último amplia o diálogo entre as fontes jurídicas superando possíveis “pontos cegos”. Segundo Carnota (2012), o controle de convencionalidade é um convite para que todos os juízes se engajem em discurso judicial transnacional em face de uma agenda de pesquisa expansiva relacionada às políticas judiciais que exploram a interação entre os juízes, considerando um ambiente político e jurídico cada vez mais complexo

Se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional” (art. 5º, § 2º, da CF) ou se são “equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º, CF) significa que

podem ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil (MENDES, 2005). Por conseguinte, constatado o descumprimento dos direitos da pessoa com deficiência preconizados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência há de se levar em conta o controle de convencionalidade. Destarte, Mazzuoli (2009, p.3) ensina que “ o distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de efetividade da norma e ao seu consequente desuso social”.

Assim, superada a verificação da vigência e validade normativa, conforme exposto em linhas anteriores, resta identificar se a norma estaria produzindo os efeitos desejados pelos Poderes Executivo e Legislativo, ou seja, se há efetividade normativa, ou em outras palavras, eficácia social da norma.

5.2 POSIÇÃO NORMATIVA E IMPACTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e de seu Protocolo Facultativo, ambos de 2006, são um marco na luta pelos Direitos Humanos básicos desse grupo social, versando sobre normas que lhes possam assegurar uma cidadania plena, como o direito à educação, à participação na vida pública e política, o acesso à justiça, e aquelas concernentes as relações familiares como o casamento, a constituir família, à maternidade e paternidade e à vida sexual.

Dentre os direitos garantidos pela Convenção - incorporada à legislação brasileira em 2008⁵⁷, destacamos a afirmação do direito ao casamento. A convenção estabelece em seu art. 23 que os Estados signatários deverão tomar medidas efetivas e apropriadas a fim de eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade e condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência de casar e estabelecer família.

Todavia, informações contidas no Relatório brasileiro sobre o cumprimento das disposições da Convenção (2008-2010), traduziam a falta de comprometimento do Estado brasileiro em implementar medidas efetivas capazes de eliminar a discriminação contra

⁵⁷ Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186 (ato normativo com força constitucional, à luz do art. 5º, § 3º), posteriormente promulgado pelo Decreto presidencial nº 6.949, de 2009.

pessoas com deficiência, a fim de assegurar o direito ao casamento afirmados naquele documento internacional. O Brasil não conseguia adotar disposições de direito interno para adequar a produção normativa doméstica à Convenção da ONU, acabando por mitigar a sua efetividade e aplicabilidade imediata.

Porém, com o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), tendo como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPC) e seu Protocolo Facultativo, tem-se um diploma legal que reafirma a promoção da igualdade de oportunidades e a autonomia da pessoa com deficiência em relação ao exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais consagrados na Convenção.

Ao interpretarmos a norma em testilha, a qual teve como norte o princípio constitucional da Isonomia, a mesma deixou de considerar a pessoa com Síndrome de Down absolutamente incapaz. O princípio da isonomia é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito (BARREIROS, 2011) e, talvez por isso, ele sempre esteve embutido dentro das mais diversas acepções de justiça, ainda que com distintas interpretações.

Como a aplicação de um princípio depende da exegese que lhe é conferida, em diversos momentos históricos, o princípio da isonomia, que tem com fundamento principal a proibição aos privilégios e distinções desproporcionais, se chocou com o interesse das classes mais abastadas que, ou o ignoraram, ou lhe conferiram uma interpretação destoante da que realmente deveria ser aplicada. Neste sentido, Ruy Barbosa, baseando-se na lição de Aristóteles, proclamou que:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem (BULOS, 2009 p. 17).

A partir das acepções acerca do princípio da Isonomia, e considerando as peculiaridades inerentes à própria natureza da deficiência intelectual, o tratamento jurídico conferido aos deficientes passou por um processo cronológico, tanto de apuração da congruência legal com a realidade fática quanto da ampliação do rol de direitos conferidos a este grupo.

O Código Civil de 1916 qualificava as pessoas com deficiência intelectual como “loucos de todo o gênero” e as impedia, pela interdição, de praticar qualquer ato da vida civil,

como se extrai do artigo 5º do referido diploma legal, o qual preceituava serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: “I - os menores de 16 (dezesseis) anos; **II - os loucos de todo o gênero**; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz”.

Em que pese o Código Civil de 2002 tenha atenuado a discriminatória qualificação dos deficientes intelectuais como “loucos”, alterando o texto legal do inciso II para “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, referindo-se aos atos da vida civil, a incapacidade absoluta para as pessoas com deficiência intelectual foi mantida pela lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Inobstante, os alicerces jurídicos que sustentavam a tese e a perspectiva de homogeneidade atribuída à capacidade civil dos deficientes intelectuais, passou a sofrer transformações concretas desde 2008, quando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências⁵⁸ foi incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9.7.2008, Todavia, tratando-se de norma de eficácia limitada, a Convenção só veio a gerar efeitos após a sua regulamentação, através do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6.7.2015), passando a vigor no ano corrente.

O artigo inicial da Convenção de 2008, define pessoas com deficiência (PCD), e não mais “portadoras de deficiência”, como sendo:

As 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 o resto da população (2007, p. 28)

O artigo 12 da Convenção, torna inequívoca a mudança acerca da capacidade atribuída aos deficientes intelectuais, estabelecendo, entre outras coisas, que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei e que gozam de capacidade legal em igualdade de condições com os demais indivíduos, em todos os aspectos da vida. Neste mesmo sentido, o Estatuto da Pessoa com deficiência assenta em seu artigo 84, que: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

⁵⁸ Promulgada internamente pelo Decreto Executivo 6.949, de 25.8.2009, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência resultou do consenso generalizado da comunidade internacional (Governos, ONG e cidadãos) sobre a necessidade de garantir efetivamente o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual das pessoas com deficiência e de reforçar a proibição da discriminação destes cidadãos através de leis, políticas e programas que atendam especificamente às suas características e promovam a sua participação na sociedade.

No que tange essa alteração de capacidade, a Convenção, portanto, já havia derogado, em 2009, o Código Civil de 2002, de forma que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apenas tornou explícita a referida mudança, estabelecendo como nova redação do artigo 3º do Código Civil que apenas são absolutamente incapazes os menores de dezesesseis anos, e, de forma inovadora, qualificando como relativamente incapazes os que, “por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, estando abrangidos por esta definição os intelectualmente deficientes.

É de clareza meridiana que as alterações normativas nesta seara atribuem capacidade legal à pessoa com deficiência, ainda que esta não possa exercer os direitos postos à sua disposição. Em outras palavras, o novo texto legal não mais inclui as pessoas com deficiência entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos. Em termos práticos, a mudança legal se faz visível na análise do artigo 85º da Convenção das Pessoas com Deficiência, que explicita que a PCD pode possuir ou herdar bens, controlar as próprias finanças e ter igual acesso a empréstimos bancários, a hipotecas e a outras formas de crédito financeiro, sem que isso configure uma enumeração taxativa. Vejamos:

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

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao m matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

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

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

Inobstante a nova classificação regulamentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, há situações excepcionais em que a pessoa deficiente intelectual, no seu interesse exclusivo, poderá ser submetida à curatela. Ao manter esta hipótese, o legislador demonstra novamente a essência das referidas mudanças legislativas, porquanto busca continuamente uma acuidade maior das medidas relacionadas aos deficientes, sob a ótica da necessidade e da proporcionalidade.

A nova curatela estabelecida, ao contrário da interdição total anterior, deve ser, de acordo com o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso “e durará o menor tempo possível”, tendo, portanto, natureza de medida protetiva e não mais de interdição de exercício de direitos. Neste íterim, ressalva-se que a nova curatela terá o condão de afetar especificamente os negócios

jurídicos concernentes aos direitos de natureza patrimonial da pessoa curatelada, não alcançando nem restringindo os direitos abarcados pelos outros ramos, como o Direito do Trabalho, o Eleitoral e o de Família, sendo resguardado, inclusive, o direito ao matrimônio e à parentalidade.

O caráter de excepcionalidade a essa regra, quando incidente, impõe ao juiz a obrigação de fazer constar da sentença as razões e motivações para a curatela específica e seu tempo de duração. Isto posto, não há que se falar mais de “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. A curatela será respectiva apenas à incapacidade dos atos que a deficiência os impede de exercer.

É cabível mencionar outras duas alterações trazidas pela Lei 13.146/2015, quais sejam, a curatela compartilhada e a tomada de decisão apoiada. No primeiro caso, a PCD tem a opção de contar com mais de um curador, para incumbências específicas, enquanto no segundo, ela poderá escolher pelo menos duas pessoas para apoiá-la no exercício de sua capacidade e de todas as demais atividades a ela inerentes. A tomada de decisão apoiada tem como escopo, especialmente, a celebração de negócios jurídicos e depende, para o seu deferimento, de decisão judicial. Pontua-se, no entanto, que, caso haja divergência entre os apoiadores e a pessoa apoiada, caberá ao magistrado competente decidir.

Por fim, sob o ponto de vista jurídico, de acordo com os termos do artigo 6º da LBI, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

5.3 APARENTES PROCESSOS LEGAIS E SOCIAIS DE EXCLUSÃO E DESEMPODERAMENTO DAS PESSOAS COM SINDROME DE DOWN NO QUE TANGE AO DIREITO DE CASAR-SE E CONSTITUIR FAMÍLIA.

Do ponto de vista histórico o direito nem sempre cogitou proteger os "humanos" que na visão ocidentalizada não eram seres "perfeitos", ou seja, as pessoas com deficiência. A igualdade meramente formal trazida pelas solenes declarações de Direitos Humanos conduz

estes sujeitos a uma situação de desvantagem social intensa, pois, na concepção relativista o ser humano é fruto do meio em que vive. Neste ínterim Boaventura aduz que “ (...) enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado — uma forma de globalização de-cima-para-baixo (...)” (1997, p.17). Quando na verdade tais garantias deveriam ser perseguidas “de baixo para cima”, ou seja, como consequência, como ponto de chegada.

5.3.1 Reflexões acerca da eficácia e da efetividade normativa no Brasil.

A eficácia da lei em sentido genérico pode ser entendida como “concretização normativa do texto legal” (NEVES, 2011, p. 46), relacionando-se com aplicação, exigência e execução da norma jurídica, ou seja, trata-se da correspondência entre o conteúdo da norma abstrata e os efeitos gerados no plano fático.

Marcelo Neves preleciona que é bloqueio à concretização normativa “toda e qualquer situação no qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações, etc.” (2011, p. 47).

A criação da norma jurídica visa ao final do processo produzir seus efeitos, pois, a norma sem eficácia em nada colabora para o Estado Democrático de Direito, simplesmente por ser inútil ou inobservada, contudo, ainda que haja eficácia normativa, sempre há de ser verificado a relação entre a intenção pretendida pelo legislador e o resultado produzido com a vigência da lei, pois, uma lei pode ter eficácia e não reproduzir no plano fático a finalidade intencionada. Disto emerge a importância do conceito de efetividade.

A efetividade normativa se refere à “implementação do programa finalístico que orienta a atividade legislativa” (NEVES, 2011, p. 48), ou seja, é verificar se a finalidade da norma jurídica que norteou a atividade legiferante foi atingida nas relações sociais, indicando uma relação meio-fim. Assim, pode-se ter: uma lei com eficácia, mas sem efetividade (inefetividade da lei); ou mesmo uma lei que produza efeito contrário à finalidade almejada pelo legislador (antiefetividade da lei).

Evidente que nem sempre é fácil identificar taxativamente se um texto legal possui eficácia social. Neves (2011, p.48) preleciona que tais conceitos são graduais, contudo, assevera que, nas situações em que a ineficácia e a inefetividade atingem níveis elevados, inexistente vigência social ou há carência normativa do texto legal.

As breves considerações supramencionadas servem perfeitamente à análise de qualquer diploma legal e nisto reside a importância do estudo sobre legislações simbólicas.

Tomando por norte lições da Teoria do Direito e Ciência Política alemã, Marcelo Neves foi um dos precursores no desenvolvimento do estudo sobre legislação simbólica, tema relevante para análise das normas associadas aos direitos das pessoas com deficiência.

A legislação simbólica “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental” (NEVES, 2011, p.23). Assim, a atividade legislativa constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, por conseguinte, pode-se entender por legislação simbólica:

(...) produção de texto cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico (...) o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido jurídico-normativo. (NEVES, 2011, p. 30-31)

O conceito supramencionado é relevante no sentido de clarificar que existem produções legiferantes que assumem verdadeira função simbólica, ou seja, não possui escopo de dar efetiva resposta a problemas sociais. Neste diapasão, a edição de uma norma jurídica (regras e princípios) não colabora para o fortalecimento de sistema jurídico, pois, não possui a efetividade esperada, mas promove a imagem de agentes políticos como atentos aos problemas sociais. Assim, a função jurídico-instrumental é preterida em face de interesse político-ideológico.

De fato, há normas que não possuem a capacidade de dar respostas efetivas aos conflitos sociais existentes, aduzindo tão somente um mecanismo para adiar soluções para um futuro incerto. Assim, a legislação simbólica em determinadas situações, além de não ter a efetividade esperada, passa a exercer tão somente um efeito de satisfazer as expectativas do povo ou de grupos sociais, servindo mais ao discurso do agente político do que as mudanças sociais.

Os casos associados à legislação simbólica não são homogêneos, contudo, para fins de compreensão do presente trabalho, toma-se por base a classificação proposta por Kindermann (NEVES, 2011, p.33) segundo critério de conteúdo. Assim, são espécies: legislação simbólica para confirmação de valores sociais; legislação simbólica para demonstração da capacidade de ação do Estado; e legislação simbólica para adiamento de solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Na legislação simbólica para confirmação de valores sociais a atuação dos agentes políticos visa estabelecer um posicionamento em relação a determinado conflito social, ou seja, a atividade legiferante tem escopo de afirmar o posicionamento do legislador em favor de um grupo social em detrimento de outro, aduzindo um grau de inferioridade do grupo considerado perdedor. Neste sentido, a eficácia normativa da lei fica em segundo plano, pois, “o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo adversário” (LENZA, 2013, p.79), produzindo a sensação de status ou respeito às ideias do grupo vencedor.

Assim, diante de valores antagônicos, a confirmação de um deles informa tão somente um efeito simbólico, a ratificação de valores sociais de forma a distinguir grupos, constituindo políticas simbólicas que “apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade” (LENZA, 2013, p.80). Como exemplo significativo, Neves cita a legislação sobre imigração de estrangeiros no Estados Unidos:

O debate sobre uma legislação mais rigorosa ou mais flexível em relação aos estrangeiros seria predominantemente simbólico: nesse caso, a legislação teria uma função simbólica muito importante, na medida em que influenciaria a visão que os nacionais têm dos imigrantes – como estranhos e invasores, ou como vizinhos, colegas de trabalho, de estudo, de associação e, portanto, “parte da sociedade”. Primariamente, a legislação funcionaria como uma “etiqueta” em relação à figura do imigrante estrangeiro. (NEVES 2011, p. 34-35)

A segunda espécie de legislação simbólica, para demonstração da capacidade de ação do Estado, também denominada de legislação-álibi, informa uma atividade legiferante que visa assegurar confiança no sistema jurídico e político em face de fatos sociais que causam insatisfação coletiva. Assim, uma legislação-álibi aduz uma solução fictícia para problemas sociais relevantes que eclodem na sociedade, trazendo uma sensação de atuação efetiva dos agentes políticos.

Marcelo Neves clarifica que a espécie tem intuito de “criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal” (NEVES, 2011, p. 39). O autor complementa o raciocínio afirmando que a legislação-álibi “constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra alternativas, desempenhando uma função ideológica” (NEVES, 2011, p. 39).

A legislação-álibi pode ser verificada em leis criadas em face de **comoção social**, normalmente com atuação intensa da imprensa, servindo por vezes à “prestação de contas dos

políticos nos períodos eleitorais”, todavia, remete a um texto sem efetividade, sem condições de assegurar o que o legislador propõe. LENZA exemplifica a espécie com a edição da Lei nº 11.923/2009, que acrescenta parágrafo ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o chamado “sequestro relâmpago”.

Neves alerta que o uso desmedido da espécie tende a gerar um efeito contrário, uma vez que o abuso de tal recurso político pode gerar um descrédito do sistema jurídico e “disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos” (NEVES, 2011, p.41).

A última espécie de legislação simbólica visa adiar solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. É o produto de atividade legiferante para transferir a solução de um determinado conflito social para um futuro incerto, por meio da criação de uma lei que satisfaz os interesses partidários. Mais uma vez, a função jurídico-instrumental é colocada em segundo plano, uma vez que as divergências entre os interesses de grupos políticos é a finalidade precípua.

Neste diapasão, os conflitos sociais “não são resolvidos por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 2011, p. 41). Como exemplo, o Neves cita a lei norueguesa sobre empregados domésticos de 1948 que **formalmente** objetivava proteção da classe trabalhista, contudo, na prática a lei satisfazia empregadores, pois, no **plano material não tinha efetividade**.

Marcelo Neves (2011, p. 32) explica que regular matéria já tratada em outros diplomas não necessariamente caracteriza uma legislação simbólica, pois, a atividade legiferante pode servir à **fortificação de determinada posição do Estado**, havendo uma relativa função instrumental, contudo, quando uma nova lei é apenas mais uma tentativa de “apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica”.

Nesta senda, diante de conflitos de interesse, sempre haverá necessidade de aplicar métodos hermenêuticos para dirimir questões como *colisão entre direitos* ou mesmo resolver

*antinomias jurídicas*⁵⁹. Neste sentido, a Teoria do Diálogo das Fontes, acatada pela doutrina e jurisprudência pátria, apresenta-se como importante técnica.

Flávio Tartuce (2014, p. 69) aduz que a tese do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques. Segundo o autor, “*a essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam*” (TARTUCE, 2014, p. 74). Assim, seu fundamento baseia-se na ideia de que normas surgem para serem aplicadas como um todo e não para serem excluídas umas pelas outras, principalmente quando há um campo convergente. Neste sentido, o autor complementa que “*a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico)*”.

Sem dúvidas o diálogo das fontes se apresenta como técnica a ser considerada nas situações de antinomia entre as normas dos diversos diplomas que orbitam os direitos da pessoa com deficiência, principalmente diante do microsistema da CDPD

Portanto, ao se deparar com o conjunto de normas ligadas a pessoa com deficiência, o operador do direito sempre deve pensar o ordenamento como um todo, ou seja, quais diplomas ou normas se aplicam ao caso concreto, buscando soluções não somente na Constituição Federal ou no *microsistema jurídico* introduzido com a internalização da CDPD, mas sobretudo noutros TIDH.

5.3.2 Aparente inefetividade das medidas estipuladas em prol das pessoas com Síndrome de Down a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Enquanto a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU sustenta de forma universalista o exercício pleno da cidadania pelas pessoas com deficiência, a visão incapacitante destes sujeitos, reflexo de uma qualidade multicultural da sociedade brasileira, baseada em uma visão paternalista e biomédica da deficiência, tem como consequência os processos desiguais de acesso à cidadania adotados pelo legislador pátrio. Assim, para Rabenhorst (2002), as posições universalistas, as quais impõe um alinhamento dos valores consagrados pelo Ocidente, apresentam-se como um aparelho aparentemente utópico.

⁵⁹ Antinomia é a existência de contradição entre duas leis que versam sobre a mesma matéria ou entre duas cláusulas de um negócio jurídico

O Congresso Nacional brasileiro aprovou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e o seu protocolo facultativo que foram assinados em Nova York em 30 de março de 2007, aprovados pelo Decreto Legislativo 186 de 9 de julho de 2008 e promulgados pelo Decreto nº 6949 de 25 de agosto de 2009, sendo equivalentes à emenda constitucional. As citadas normas internacionais, por versarem sobre direitos humanos obriga o Estado a compatibilizar verticalmente as leis domésticas de acordo com o texto da Convenção.

Como vimos nesta pesquisa, o Brasil possui uma estrutura legislativa que, de forma universalista, traz garantias às pessoas com deficiência intelectual, inclusive ao direito de convolar núpcias. Contudo, ao mesmo tempo em que garante direitos, produz exclusão ao negar tais garantias de direitos humanos às pessoas com Síndrome de Down, pelo fato de não fiscalizar e monitorar, ou até mesmo negar a efetivação desses direitos, usualmente conspurcados, o que representa o maior entrave para a harmonização entre a eficácia e efetividade da Convenção em relação ao direito das pessoas com deficiência de se casarem e estabelecer família, pois, conforme afirma Abreu (2008), os direitos só existem dentro de um ambiente que possibilite sua efetivação.

Durante a análise do Tratado Internacional em comento, não foge à inspeção ocular o uso reiterado da oração “Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para (assegurar, fazer, proporcionar) ”, que introduz mais da metade dos 50 artigos ali dispostos. A justificativa para o emprego do tempo verbal futuro, no sentido de que os Estados “tomarão medidas eficazes...”, torna-se infactível sem a menção às lições de Direito Constitucional, mais especificamente, as que levam uma constituição a ser classificada como dirigente, como é o caso da Lex Mater de 1988. Marcelo Novelino, sobre o tópico, doutrina:

A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total (Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2009, 3ª ed, p. 113).

A definição trazida pelo mestre, torna inteligível a ideia de que há, nos países que adotam este tipo de Constituição, divergência entre a realidade fática vivida por um povo e a promulgação de leis que visam objetivos de mudança nesta realidade. O típico e mais usual

exemplo dessa discrepância, é a positivação dos objetivos fundamentais da República⁶⁰, elencados no artigo 3º da Lei Maior. Sobre a ineficácia das leis, dispõe Pontarolli (2004):

Uma lei que não é respeitada pelos seus destinatários e que não realiza os objetivos de sua criação é totalmente ineficaz, pois não se aplica à sociedade para a qual foi instituída. Como exemplo, desta ineficácia, pode-se citar o dispositivo de lei que proíbe a utilização de telefone celular por condutor de veículo, quando este estiver em movimento. Bem se sabe que são poucos os motoristas que respeitam esta norma (A violência e a ineficácia das leis, 2004, p.12).

O contraste entre a previsão normativa e a veracidade de vivência cotidiana, podem ser observado, não apenas na esfera do Direito Administrativo, como ilustrado, mas em todas as outras, inclusive dentro da senda dos Direitos da PCD. Quando da análise do Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, observa-se que o alegado é provado através de uma abordagem comparativa entre os dispositivos legais positivados e os objetivos logrados em determinado espaço de tempo. Vejamos a previsão do artigo 21 da Convenção:⁶¹

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas para assegurar às pessoas com deficiência sua mobilidade pessoal com a máxima independência possível: a) Facilitando a mobilidade pessoal das pessoas com deficiência, na forma e no momento em que elas quiserem, e a custo acessível (...).

Na mesma linha interpretativa, a Lei Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade. Dentre suas diretrizes, destaca-se: equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo; eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano; gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação; segurança nos deslocamentos das pessoas, entre outras.

O que se observa, todavia, é a insatisfação pública com o transporte, e a distância entre as metas pré-estabelecidas e o que é, de fato, alcançado pelas políticas públicas. Neste contexto, em entrevista ao programa “Mobilidade Urbana Sustentável do Brasil”, a deputada estadual Mara Gabrilli (PSDB), cadeirante que milita na defesa dos direitos das pessoas com deficiência física, apontou, entre outras coisas, que os números fornecidos pelas prefeituras

⁶⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶¹ Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009)

pode ser enganoso, e acrescentou: “Há escassez de ônibus adaptados nas ruas de São Paulo”, dizendo ainda ser frequente os funcionários das empresas de ônibus “não serem treinados para operar o equipamento dos veículos adaptados e os usuários reclamarem que às vezes os veículos nem param para atender ao cadeirante” (2012).⁶²

Desta feita, Carolina Valença Ferraz & Glauber Salomão Leite (2014), obtemperam que:

Mesmo pessoas com deficiência mental ou intelectual, que historicamente sempre encontraram (e ainda encontram!) dificuldades para contrair casamento ou realizar o contrato de união estável, em razão da resistência encontrada principalmente nos cartórios públicos, podem praticar tais atos validamente, vez que, em sua grande maioria, gozam de discernimento suficiente para decidir de forma segura acerca dos seus interesses pessoais (2014, p. 157).

O questionamento acerca do porquê da ineficácia das leis é iterativo. A alegação de que o problema reside exclusivamente nas próprias leis não seria razoável, porquanto uma série de outros aspectos devem ser considerados, sejam eles sociais, como a desigualdade, ou políticos, quando decorrentes da má gestão dos recursos públicos. Sobre a dinâmica em epígrafe, obtempera Viana *et al*:

No Brasil, na última década, foram estabelecidas algumas políticas públicas voltadas aos deficientes intelectuais, inclusive na área de saúde. Contudo, a implementação e a garantia efetiva dos direitos assegurados por lei, a alocação de recursos e o desenvolvimento de redes de assistência e de proteção específicas e efetivas, permanecem como desafios a serem superados (2016, p. 169).

O Brasil possui arcabouço legislativo extenso e específico para as pessoas com deficiência, todavia, a efetivação dos direitos humanos destes sujeitos, conforme leciona Dantas (2014), acontece independente da quantidade ou qualidade legislativa, pois a cultura do povo é o elemento determinante, podendo ser mais inclusiva ou não. Embora o Brasil tenha aderido à Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência de 2006 como documento base nas questões que envolvam as pessoas com Síndrome de Down, Dantas em seu contributo crítico obtempera que:

As concepções e modelos sobre a deficiência não são homogêneas, ao contrário, variam nas práticas e nos discursos em cada espaço e instituição, como nas políticas, leis, escolas, famílias e universidades. Em outras palavras, as práticas e discursos públicos, mesmo quando afirmam estar comprometidos com a inclusão das pessoas com deficiência e com o modelo social da deficiência, são carregados de

⁶² Disponível em <http://www.mobilize.org.br/noticias/1693/mobilidade-para-deficiente-fisico-e-desafio-a-vencer-no-brasil.html>

subjetividade e, portanto, podem se materializar de diversas formas, inclusive de modo patologizante e limitante nas relações pessoais ou institucionais com as pessoas com deficiência. (2014, p.170)

Assim, a busca do ideal de felicidade através do casamento pela pessoa com Síndrome de Down ainda se constitui em tabu na sociedade. Quando mulheres e homens desse grupo social assumem relações amorosas com intuito de constituir família, geralmente as pessoas reagem com surpresa ou medo, uma vez que principalmente mulheres com deficiência são vistas como pessoas fragilizadas, incapazes, e anormais. Neste sentido, de acordo com Farias, "a mulher com deficiência apresenta múltiplas vulnerabilidades, as quais são baseadas em duas condições principais: a de ser mulher e a de ser uma pessoa com deficiência" (2011, p. 52). Vale aqui destacar a lição de Ferraz e Leite, os quais obtemperam que:

A desconstrução da sexualidade da pessoa com deficiência é um estigma fomentado pela própria família, fruto de uma postura protecionista e equivocada, que empareda a pessoa com deficiência em um mundo assexuado, para aquém das necessidades afetivas do outro. Com essa postura, a família exerce a "castração" da sexualidade da pessoa com deficiência, limitando-a a uma realidade desprovida de prazer, como se a satisfação sexual fosse uma prerrogativa exercitável apenas pelas pessoas sem deficiência. A vedação, por imposição familiar ou do Estado (nos casos de institucionalização da pessoa com deficiência), a uma vida sexual saudável, é mais nítida no tocante às pessoas com deficiência intelectual ou mental e menos reprimida no tocante às pessoas com deficiência física ou sensorial. De modo que as barreiras erguidas ao exercício da sexualidade, lamentavelmente estão atreladas à natureza da deficiência em questão. (2014, p.158).

Neste contexto, Nussbaum (2013) assevera que as teorias de contrato social caracterizam os cidadãos como membros plenamente cooperantes e dotados de racionalidade particularmente idealizada, aduzindo ainda que:

Está claro que essas teorias só abordarão os impedimentos mentais graves, e suas deficiências associadas, em um momento posterior, depois que as instituições básicas da sociedade já tenham sido formuladas. Na prática isso significa que pessoas com impedimentos mentais não estão entre aquelas para as quais e em reciprocidade com as quais as instituições básicas da sociedade são estruturadas. (2013, p.121)

Com efeito, a negação ao exercício da cidadania afronta diretamente a natureza humana. A pessoa com Síndrome de Down não pode ser considerada "menos humana" ou possuidora de uma humanidade condicionada ou restrita. Esses sujeitos de direitos são vistos e tratados como pessoas vulneráveis, incapazes de tomar decisões, de expressar seus próprios desejos ou participar completamente da família e de outros contextos sociais, como o de buscar realizações pessoais através do exercício do direito ao casamento, colocando-os em um

crescente risco de vitimização, reforçando, segundo Soares sua "identidade de invisibilidade (...) ou de visibilidade de sua 'incapacidade'" (2010, p. 22). No mesmo sentido, Ferraz & Leite afirmam que:

Assim, não reconhecer como válida a decisão da pessoa com deficiência mental ou intelectual, pautada em livre expressão da sua vontade, no sentido de contrair casamento ou celebrar contrato de união estável com outrem, significa violação à dignidade de tal pessoa, por cercear imotivadamente o direito à liberdade individual e o direito à privacidade. Tratar-se-ia de flagrante inconstitucionalidade, além de violação desta Convenção. (2014, p.156).

As pessoas com Síndrome de Down, sejam adolescentes ou adultas, sonham muitas vezes encontrar alguém para compartilhar o amor, casar, ter filhos. Contudo, como afirmam Kempton e Kahn (1991), enfrentam resistência do próprio Estado, através de restrições legais ao casamento, em grande parte devido ao temor da procriação. Ocorre que, com a ressalva proposta por Koller *et al* (1988), ainda que sem a devida proteção legal, pessoas com deficiência contraíram matrimônio, procriaram, criaram filhos e foram capazes de gerir suas vidas. Frente a todo o exposto, é válida a afirmação de que as leis contribuem parcialmente para a sua própria inefetividade. Isto ocorre porque as previsões legais buscam unicamente impor soluções e medidas utópicas, sem, contudo, estabelecer critérios coercitivos que visem possibilitar a sua realização e consequente efetividade.

6 CONCLUSÕES

De acordo com as estatísticas do Censo IBGE/2010 referenciadas no primeiro capítulo, o Brasil tem aproximadamente 1,6 milhão de pessoas com algum tipo de deficiência intelectual, ou seja, 0,8% da população. Neste percentual encontra-se considerável número de pessoas com Síndrome de Down. Diante deste quadro populacional, não se pode olvidar que estes cidadãos, em um contexto jurídico social de discriminação, necessitam da guarida do Estado a fim de que possam exercer os direitos civis afirmados na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A história é prova de que o grupo social das pessoas com deficiência tem sofrido constantes processos de exclusão e desempoderamento, impossibilitando-as de desfrutar de direitos humanos básicos, como o direito à educação, à participação na vida pública e política, o acesso à justiça, e aquelas concernentes as relações familiares como o casamento, a constituir família, à maternidade e paternidade e à vida sexual. A visão simplista e reducionista sobre a pessoa com deficiência traz como consequência a ideia do estereótipo de "eterna criança" que precisa de cuidados, mesmo na fase adulta, gerando dependência familiar e controle de escolhas pessoais, restringindo indiscriminadamente sua história de vida à voz da autorização de responsáveis legais.

Durante muitos anos a deficiência sempre foi vista como uma questão médica, que considerava as limitações individuais como a principal causa das múltiplas dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Este paradigma influenciou o Código Civil de 2002 que, ao tratar do casamento civil e excluir do gozo desse direito a população com impedimentos, adotou critérios marcadamente biomédicos.

Ora, o enfermo mental possui uma patologia, a qual implica na presença de um conjunto de sinais ou sintomas clinicamente considerados como doença. Já a deficiência intelectual, de acordo com o Preâmbulo da Convenção, é um conceito em evolução, caracterizado pelo estado da pessoa com impedimentos, limitações, resultado da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Ou seja, as desvantagens vividas pelas pessoas com Síndrome de Down não são inerentes as suas características corporais, mas um reflexo de valores, atitudes e práticas que discriminam o corpo com impedimentos.

A partir da Convenção a deficiência intelectual passou a ser vista como uma questão social, e como tal, demanda a adoção de medidas necessárias à eliminação dessas barreiras e à garantia da plena inclusão social da pessoa com deficiência na vida comunitária.

Nesta toada, destacamos a afirmação do direito ao casamento pela pessoa com Síndrome de Down, garantido na CDPC através do artigo 23, o qual estabelece que os Estados signatários deverão tomar medidas efetivas e apropriadas a fim de eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade e condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência de casar e estabelecer família.

Restou claro que pessoas com Síndrome de Down, apesar de se caracterizarem por um funcionamento intelectual inferior à média, resultado de alterações no desempenho cerebral provocada por fatores genéticos, não são consideradas pessoas doentes, sendo plenamente capazes de perseguir o afeto e a felicidade através do casamento, como de fato perseguem. O casamento apresenta-se, portanto, como uma ferramenta ponderosa dentro do processo de inserção social. Por isso, as pessoas com Síndrome de Down que possuem condições de compreendê-lo não podem ser tolhidas, de forma injustificada, de usufruir deste direito.

Não é à toa que o dispositivo de número 23 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU garante à pessoa com Síndrome de Down o direito de constituir sua própria família através do casamento. Por isso, a negação do direito ao matrimônio através do exercício da autonomia da vontade é uma afronta a dignidade destes sujeitos.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, homologada pela Assembléia das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e incorporada à legislação brasileira em 2008, se apresenta como a mais nova e inclusiva norma internacional para a afirmação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Contudo, esta Convenção sustenta de forma universalista o exercício pleno da cidadania pelas pessoas com deficiência, e a incorporação da Convenção ao Direito brasileiro com status de emenda constitucional, confere eficácia à norma, mas não a sua plena efetividade.

A afirmação dos direitos da pessoa com deficiência no âmbito internacional e sua incorporação no ordenamento jurídico interno não é, por si só, capaz de realizá-los, tendo em vista que os direitos, embora tenham eficácia, só existem dentro de um ambiente que torne possível sua plena efetivação. Não é à toa que a própria Convenção determina adoção de

medidas concretas e bem definidas através de prestações positivas por parte do Estado, a fim de assegurar os direitos nela dispostos. O Estado tem o dever de salvaguardar a autonomia da pessoa com deficiência, com todas as limitações e mudanças que a sua condição implica, a fim de que o indivíduo possa exercer sua cidadania, perseguindo o afeto e a felicidade através do casamento⁶³.

Assim, na análise preliminar do relatório brasileiro relativo ao cumprimento das disposições da Convenção (2008-2010), verificou-se uma aparente tensão entre a compatibilização das diretrizes legais e constitucionais com os termos das Convenções da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Contudo, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo como plataforma os objetivos da CDPD, buscou-se adequar o Código Civil Brasileiro aos termos da Convenção da ONU na luta pela inclusão social e proteção dos Direitos Humanos das pessoas com deficiência intelectual, partindo de uma mudança paradigmática na percepção da deficiência.

Sob o aspecto jurídico, atualmente no Brasil pessoas com enfermidade mental e deficiência intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente incapazes. Como consequência as pessoas com Síndrome de Down, estão legalmente habilitadas a exercer plenamente uma vida afetiva e a constituir família através do casamento, estando teoricamente submetidas apenas as próprias escolhas e livres das ingerências de terceiros.

Contudo, em que pesem as mudanças legais ocorridas no instituto da capacidade jurídica das pessoas com deficiência implementadas pela LBI, pessoas com deficiência intelectual encontram dificuldades para convolar núpcias, pois as barreiras sociais neste caso estão representadas através da resistência encontrada dentro da própria família e nos cartórios públicos.

Reforça este estigma a postura do Estado pois, não obstante garantir direitos, também fomenta segregação ao negar tais garantias de direitos humanos às pessoas com Síndrome de Down, na medida em que não fiscaliza nem monitora, ou até mesmo ignora a efetivação desses direitos, historicamente conspurcados, o que representa o maior entrave para a harmonização entre a eficácia e efetividade da Convenção em relação ao direito das pessoas com deficiência de se casarem e estabelecer família. Além disso, potencializa a visão incapacitante da sociedade sobre o direito ao *status* familiar e amoroso da pessoa com

⁶³ Assembleia Geral da ONU em 13 de Julho de 2011, aprovou a Resolução denominada “Felicidade: em direção a uma abordagem holística para o desenvolvimento”. Teve como propósito a promoção do avanço econômico e o progresso social de todos os povos, considerando a busca da felicidade como meta humana fundamental.

deficiência, conduzindo-os à imersão em uma situação de desvantagem social intensa e de infantilização gerada pelo não acesso aos direitos humanos, como o casamento.

Estudos sobre deficiência intelectual, denunciam o histórico processo de segregação vivenciado pelas pessoas com deficiência intelectual. Contudo, mesmo diante de experiências de maus tratos, exclusão, isolamento e discriminação, existem pessoas com Síndrome de Down que rompem as citadas barreiras por razões e condições distintas, como o empoderamento no meio familiar, e conseguem se inserir na vida educacional, social e produtiva como qualquer outro cidadão. Todavia, sem o apoio do Estado e da família isso se torna utópico.

O Estado tem o dever de adotar disposições de direito interno para compatibilização do ordenamento jurídico à Convenção, a fim de assegurar o exercício dos direitos e liberdades constantes neste diploma de Direitos Humanos, contudo isto não se traduz em efetividade, já que o Estado brasileiro não adotou soluções efetivas de inclusão para assegurar o direito das pessoas com deficiência de exercerem de forma plena sua cidadania, através do gozo dos direitos já mencionados. Subsiste, assim, um abismo entre os mecanismos de inclusão social, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as garantias consagradas na Convenção, criando um ambiente que impede a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades em todos os aspectos relativos a casamento.

Em linhas gerais, através de breve análise do direito comparado, percebe-se que o Brasil ocupa posição intermediária quanto a capacidade das pessoas com deficiência. As mudanças ocorridas quanto ao instituto da capacidade no Brasil não corroboram com a mudança de concepção que se tem sobre deficiência, pois, apesar de ratificar a CDPCD e de implementar no direito interno alterações significativas no que diz respeito a capacidade destes sujeitos, o Estado brasileiro ainda não propicia integralmente o acesso delas ao apoio que necessitam no exercício de sua capacidade legal para vivenciarem os direitos comuns a todos, seja em decorrência de condicionantes sociais, econômicas ou ambientais, ou até mesmo por questões culturais que ainda preservam a visão estigmatizante e o preconceito incapacitante em relação as pessoas com deficiência.

Assim, a partir das garantias da pessoa com deficiência de constituir família, bem como os citados embargos que as impedem de realizar o afeto e a felicidade através do casamento, é que o Estado deve adotar medidas efetivas a fim de superar os entraves para a harmonização entre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o exercício pleno da cidadania e a preservação do direito de escolha, para fins de casamento e constituição de família por parte das pessoas com Síndrome de Down.

O reconhecimento jurídico de um direito não é suficiente para que o mesmo seja efetivado, principalmente quando não existem medidas razoáveis e apropriadas para assegurar a efetividade do direito que se está “reconhecendo”. É como se o Estado se conformasse com a mera igualdade formal trazida pelo universalismo. Todavia, este último, enquanto plataforma de concreção dos direitos, serve apenas para positivizar normas, partindo de uma verdade unilateral como se esta fosse insofismável, criando uma espécie de conformação social.

Neste contexto é preciso superar a visão meramente universalista dos Direitos Humanos para que haja uma transformação na concepção e da prática destes direitos, para que eles passem a ser vistos através de uma visão relativista no contexto do asseguramento normativo das pessoas com deficiência, como forma de afastar a universalidade dos direitos humanos de uma visão abstrata e meramente formal.

Com isso, pretende a versão relativista romper com a visão incapacitante da sociedade sobre a dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência intelectual, já que a mera igualdade formal conduz estes sujeitos a uma situação de desvantagem social intensa gerada pelo não acesso aos direitos humanos, à socialização e às oportunidades necessárias ao crescimento para a vida adulta e cidadã.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.
- ACEVEDO, B. P.; ARON, A. Does a long-term relationship kill romantic love? **Review of General Psychology**, New York, vol.13, pag. 59-65. 2009.
- ALMEIDA, Maria Amélia. **Deficiência intelectual: realidade e ação**. São Paulo: SE, 2012.
- ANNANDALE, E. **The Sociology of Helth and Medicine: A critical Introduction**. Cambridge, United Kingdom: Polity Press, 1998.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus Reflexos na Ordem Jurídica Interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2012.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana; as esferas públicas e privadas; Ação; A vida activa e a era moderna**. In: *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1983. p. 15-88; 188-338.
- BARIFFI, Francisco José. **El Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad**. Madrid: Cinca, 2014.
- BARNES, Colin; BARTON, Len; OLIVER, Mike. **Disability studies today**. Cambridge: Polity Press, 2002.
- BARREIROS, M.D. **Breve Análise do Princípio da Isonomia**. Instituto Processus. Rio de Janeiro, 2011.
- BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.14, jul/set. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.), **As novas faces do ativismo judicial**. São Paulo: Jus Podivm, 2011.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraíva, 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONFIM, Symone M. M.. **A luta por reconhecimento Das pessoas com deficiência: Aspectos teóricos, históricos e legislativos**. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. 2009
- BIANCHETTI, L; FREIRE, I.M. (Org.). **Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania**. Campinas: Papirus, 1998.
- BIANCHETTI, Mario. **Chromosomal microarray among children with intellectual disability: a useful diagnostic tool for the clinical geneticist**. Developmental Medicine and Child Neurology. Switzerland, 2013.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia Shedd**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Vida Nova, 1997.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 12 de 17 de outubro de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei Federal nº 7.853 de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras 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 dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei Federal nº 10.048 de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10048.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei Federal nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei Federal nº 10.436 de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004.** Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008.** Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016

_____. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRUGI, Biagio. **Instituciones de Derecho Civil**. Santiago: Uteha, 1946.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editorial, 1991.

CARNOTA, Walter. **The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control**. SSRN, 2012. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2116599>. Acesso em 01/06/16.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Coimbra, 2008.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours Élémentaire de Droit Français**. Paris: Dalloz, 1931.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Ética e direito na manipulação do genoma humano**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CORRIGAN, P.W.; MARKOWITZ F.E.; WATSON, A.C.; ROWAN, D.; KUBIAK, M.A. **An attribution model of public discrimination towards persons with mental illness**. Journal of Health and Social Behaviour. 2003

CORRIGAN, P.W.; MILLER, F.E. (2004). **Shame, blame and contamination: A review of the impact of mental illness on family members**. Journal of Mental Health.

CORNU, Gérard. **Droit civil: la famille**. 9. Ed. Paris: Montchrestien, 2006

CORTINA, Adela. **Las fronteras de la persona: el valor de los animales, la dignidade de los humanos**. Madrid: Taurus, 2009.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A pessoa com deficiência no contexto das relações de consumo: tutela jurídica decorrente do código de defesa do consumidor. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. O direito fundamental à acessibilidade ao usuário com impedimentos físicos-motores, perceptivos, sensoriais, intelectuais e mentais. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Org.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Taísa Caldas. **Estudo da autoadvocacia e do empoderamento de pessoas com deficiência no Brasil e no Canadá**. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2014.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DÍAZ, Caneja. **Atención Temprana** (2007). Canal Down21. Fundación Iberoamericana, Down21. Disponível em: http://www.down21.org/web_n/index.php?option=com_content&view=article&id=2262%3Aatencion-temprana&catid=92%3Aeducacion&Itemid=2084&limitstart=9

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

_____. BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, Volume 6, 2009, p. 65-77.

_____. PEREIRA, Natália; SANTOS, Wederson. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. **Reciis**, Volume. 3, n. 2, 2009, p. 16-23.

DOWN, J.L. (1862). **Observations on an Ethnic Classification of Idiots**. London Hospital Clinical Report.

ESCAMILLA, S. G. **El niño con Síndrome del Down**. México: Diana, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Adenize Queiroz de. **Gênero e Deficiência: Vulnerabilidade Feminina, Ruptura e Superação**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2011.

FENOILLET, Dominique. Couples hours mariage et contrat. In: FENOILLET, Dominique; SOMMIÉRES, Pascal de Vareilles (Direction). **La contratualization de la famille**. Paris: Economica, 2001.

FERRAZ, Carolina Valença. Dos direitos da pessoa com deficiência nas relações familiares. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. LEITE, Glauber Salomão. Respeito pelo lar e pela família. In DIAS, Joelson *et al.* **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SNPD, 2014. p. 153-157.

FONSECA, Fernando Affonso Gay da. A família. **Revista Cultura e Fé**. Porto Alegre, vol. 79, p. 7, 1997.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **Seminário Internacional sobre todas as formas de discriminação no Trabalho**. Brasília/DF, 15 e 16 de maio de 2000. Disponível em <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub25.html>>. Acesso em: 6 ago. 2016.

_____. Trabalho e emprego. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Org). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: CORDE, 2008. p. 93-95

FONSECA, Sofia Raquel Alves; DUARTE, Cidália Maria Neves. Do Namoro ao Casamento: Significados, Expectativas, Conflito e Amor. **Psicologia: Teoria e Pesquisa – UNB**. Brasília, Abr-Jun 2014, Vol. 30 n. 2, pp. 135-143.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano**. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GIORDANO, B.W. **(D)eficiência e trabalho: analisando suas representações**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2000.

- GROSSMAN, H. J. **Manual on Terminology and Classification in Mental Retardation**. Washington, DC. American Association on Mental Deficiency, 1973.
- JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio**. Tradução de Santiago S. Melendo e Marino A. Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa–America, 1954.
- KANDEL, E.; SCHAMARTZ, J. **Princípios da Neurociência**. São Paulo: Manole, 2003.
- KEMPTON, W.; KAHN, E. Sexuality and people with intellectual disabilities: A historical perspective. **Sexuality and Disability**, volume 9, 1991, p. 93-111.
- KITTAY, Eva.. **Love's labor: essays on women, equality and dependency**: Nova Iorque: Routledge, 1998.
- KOLB, B.; WHISHAW, I. Q. **Neurociências do comportamento**. São Paulo: Manole, 2002.
- KOLLER, H.; RICHARDSON, S. A.; KATZ, M. Marriage in a young adult mentally retarded population. **Journal of Mental Deficiency Research**, 1998, p.93-102.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LÉCUYER, Hervê. Mariage et contrat. In FENOILLET, Dominique; SOMMIÉRES, Pascal de Vareilles (Direction). **La contractualization de la famille**. Paris: Economica, 2001.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LINK, B.G.; PHELAN, J.C. (2001). **Conceptualizing stigma**. **Annual Review of Sociology**.
- LOPES, Laís V. de C. de F. Artigo 1: Propósito In DIAS, Joelson *et al.* **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SNPD, 2014. p.25-35
- LUCKASSON, R. BORTHWICK-DUFFY; BUNTINX, W. COULTER; CRAIG E. REEVE. **Mental Retardation – Definition, Classification and Systems of Supports**. 10ª ed. Washington, DC, American Association on Mental Retardation, 2002.
- LÚRIA, A.R; TSKVETKOVA, L. S. **The programming of constructive activity in local brain injuries**. Londres: Basic, 1964.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. Tese de Doutorado, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010.
- MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Artigo 4: Obrigações Gerais. In RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Org). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: CORDE, 2008. p.33-35
- MARCONI, Marina de Andrade. PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARQUES. Lilia Pinto. Artigo 2: Definições In RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Org). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: CORDE, 2008. p.28-30
- MARKOWITZ F.E. (1998). **The effects of stigma on the psychological well-being and life satisfaction of persons with mental illness**. **Journal of Health and Social Behaviour**.
- MARTINS, Joel; BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. **A pesquisa qualitativa em psicologia: fundamentos e recursos básicos**. São Paulo: Educ/Moraes, 1989.
- MARWAHA, S.; JOHNSON, S. (2004). **Schizophrenia and employment: A review**. **Journal of Social Psychiatry and Psychiatry Epidemiology**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOELLER, I. **Diferentes e Especiais: Viver Mente e Cérebro**, Jan, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972

MOREIRA, L.M.A; CHARBEL, N.; GUSMÃO F.A.F. **A Síndrome de Down e sua patogênese: considerações sobre o determinismo genético**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, Vol. 22, Núm. 2, 2000, p.2-3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

MONDIN, Battista. **Definição filosófica da pessoa humana**. Bauru: Edusc, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. Los contratos sociales y três problemas no resueltos de La justicia; Las discapacidades y el contrato social; Capacidades y discapacidades. In: **Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión**. Trad. Ramon Vilà Vernis; Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós, 2012. p. 21-225.

OLIVER M. **The Politics of Disablement**. London: MacMillan; 1990.

OLIVER, Barnes C. **Disabled People and Social Policy: from exclusion to inclusion**. London: Longman; 1998.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 159 de 20 de junho de 1985**. Aprovada na 69ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1983). Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/505>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração de Montreal sobre a Deficiência Intelectual de 6 de outubro de 2004**. Disponível em: <<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/cartilhasdeficiente/declaracaodemontreal.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Declaração de Direitos do Deficiente Mental de 22 de dezembro de 1971**.

Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex62.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 9 de dezembro de 1975**.

Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

_____. **International Classification of Functioning, Disability and Health**. Geneva, 2001

_____. 2006a. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.

_____. 2006b. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.

PAGE, Henri de. **Traité élémentaire de droit civil belge**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1957

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

POOLE, Hilary. **Direitos Humanos**: referências essenciais. Trad. Fábio Larsson. São Paulo. Ed. USP, Núcleo de Estudos da Violência. 2007.

PONTAROLLI, A. (2004). A violência e a ineficácia das leis: Análise do problema da violência de maneira correlata à ineficácia das leis. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1546/A-violencia-e-a-ineficacia-das-leis>

RABENHORST, Eduardo. Direitos humanos e globalização contra-hegemônica: notas para o debate. In: Lyra, Rubens Pinto (org.). **Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 17-24.

RAMOS, Cleide. Reconhecimento igual perante a lei. In RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Org). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: CORDE, 2008. p. 54-57

RESENDE, Marineia Crosara de; e LEÃO JÚNIOR, Roosevelt. Artigo 23 – Respeito pelo lar e pela família. In RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Org). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. Brasília: CORDE, 2008. p.81-84.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa Social**: métodos e técnicas. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Naira. Artigo 5: Igualdade e não-discriminação. In DIAS, Joelson *et al.* **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília: SNPD, 2014. p. 51-53

RODRÍGUEZ, Emílio Ruiz. **Actitudes, Estereotipos y Prejuicios: su Influencia en el Síndrome de Down Propuestas de Intervención**. Argentina, 2012.

ROSA, C. P. **A identidade dialógica de um prisma empírico: Um estudo sobre a conjugalidade**. Tese de Doutorado, Universidade do Minho, Braga 2009.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Bookseller, 1999.

RUIZ, Rodríguez, Emilio. **Actitudes, Estereotipos Y Prejuicios: Su Influencia En El Síndrome De Down Propuestas De Intervención**. Revista Síndrome De Down, Vol. 29, Setembro, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. **Revista crítica de ciências sociais**, nº 48, 1997, p. 11-22.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

_____. Igualdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988: Aspectos Gerais e algumas aproximações ao caso das pessoas com deficiência. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARTORIUS, N.; AICHENBERGER, M. (2005). **The WPA Global Programme to reduce stigma and discrimination because of schizophrenia**. Bibliography, 2005. Asociación Mundial de Psiquiatria.

SHAKESPEARE, Tom. **Disability Rights and Wrongs**. Canada: Routledge, 2006

SHALOCK, R.L., STARK, J. A, SNELL, M.E., COULTER, D. et al. (1994). **The changing conception of mental retardation: Implications for the field**. Mental Retardation.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVERS A. Formal Justice. In: Silvers A, Wasserman D, Mahowald M, (Org). **Disability, Difference, Discrimination: perspectives on justice in bioethics and public policy**. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1998. p. 13-146.

SHALOCK, Robert L. **Hacia una Nueva Concepción de la Discapacidad**. III Jornadas Científicas de Investigación sobre Personas con Discapacidad Universidad de Salamanca, España. 18-20 de Marzo de 1999.

SOARES, Alessandra Miranda Mendes. **Nada sobre nós sem nós**: Estudo sobre a formação de jovens com deficiência para o exercício da autoadvocacia em uma ação de extensão universitária. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Educação, Universidade Federal da Paraíba (UFPB): 2010.

SOHN, Louis B.; BUERGENTHAL, Thomas. **International protection of human rights**. Indianápolis: The Bobbs-Merrill Company, 1973.

SORTO, Fredys Orlando. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuário Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.

STELMACHUK, Anaí Cristina. **Análise Bibliométrica sobre Avaliação de Pessoas com Deficiência Intelectual para Ingresso em Serviços de Educação Especial**. São Paulo, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THOMAS, Carol. Disability teory: key ideas, issues and thinkers. In: BARNES, Colin; BARTON, Len; OLIVER, Mike (Org). **Disabilities studies today**. Cambridge: Polity Press, 2002. p. 38-57.

THOMPSON, A.H.; STUART, H.; BLAND, R.C.; ARBOLEDA-FLOREZ, J.; WARNER, R.; DICKSON, R.A. **Attitudes about schizophrenia from the pilot site of the WPA worldwide campaign against the stigma of schizophrenia**. Social Psychiatry and Psychiatry Epidemiology. 2002.

VEZZOLI, R.; ARCHIATI, L.; BIZZA, C.; PASQUALETTI, P.; ROSSI, G. (2001). **Attitude towards psychiatric patients: A pilot study in a northern Italian**. European Psychiatry.

VIANA, V.R.; ROSA, T.L.; VAN, D.B.; MELO, D.G. Políticas públicas de saúde para deficientes intelectuais no Brasil: uma revisão integrativa. **Ciênc. saúde coletiva**, vol.21, Núm. 1, Rio de Janeiro, 2016.

WORRELL, Bill. **People First**: advice for advisors. Downsview, Ontario, 2010

WRIGHT, D. W., SIMMONS, L. A., & CAMPBELL, K. Does a marriage ideal exist? Using Q-sort methodology to compare young adults and professional educators' views on healthy marriages. **Contemporary Family Therapy**, vol 29, 2007.

ZOIA, S.; PEALMATTI, G. RUMIATI, R. **Praxic skills in down and mentally retarded adults: evidence for multiple action routs**. Brain and Cognition, v. 54, 2004.