O DIREITO E A SAÚDE MENTAL: ASPECTOS HISTÓRICOS DA TUTELA NO BRASIL E EM PORTUGAL

LAW AND MENTAL HEALTH: HISTORICAL ASPECTS OF GUARDIANSHIP IN BRAZIL AND PORTUGAL

Nilson Tadeu Reis Campos Silva*

RESUMO

Análise crítica de aspectos da história do desenvolvimento da proteção jurídica às pessoas com deficiência mental em Portugal e no Brasil desde a incorporação de normas internacionais, em que se sinaliza a necessidade de mutação conceitual dos direitos da personalidade para tornar adequada a tutela daquelas pessoas e, também, de uma transformação cultural possível com a adoção de políticas públicas emuladoras da inclusão social, demonstrando que o aumento da imigração e da migração, aliado ao déficit das políticas públicas na área da saúde e ao conceito reducionista e organicista de deficiência mental, tem prejudicado o exercício dos direitos da personalidade e da sua proteção, mesmo estando os dois países em estágios diferentes na quebra dos paradigmas da institucionalização e do asilamento das pessoas com deficiência mental.

PALAVRAS-CHAVE: PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL; POLÍTICAS PÚBLICAS; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; INCLUSÃO SOCIAL.

ABSTRACT

The aim of this study is to show a critical analysis of the historical development of the legal protection granted to disabled people in both, Portugal and Brazil since the incorporation of international standards, which signals the need of a conceptual mutation of personal rights in order to make the guardianship of these people appropriate, as well as to enable a cultural transformation by adopting public policies that stimulate the social inclusion. This study also shows that the increase of

* Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho e em Administração de Empresas pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Professor Adjunto da Universidade Estadual de Maringá (UEM); Professor do Curso de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogado. E-mail: nilson8951@gmail.com.

immigration and migration, together with health public policies deficit and the reductionist organismic concept related to mental disabilities have jeopardized the exercise of personal rights and protection, despite the fact that both countries are at different stages in what concerns the institutionalization paradigms breakdown of mental disabled people.

KEY-WORDS: MENTAL DISABLED PEOPLE; PUBLIC POLICIES; HUMAN DIGNITY; SOCIAL INCLUSION.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO. 1. DA TRANSCENDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 2. DA EXCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 3. DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL EM PORTUGAL E NO BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A análise da história das formas de proteção jurídica para as pessoas com deficiência mental pode ser instrumento viabilizador do aperfeiçoamento da tutela, por permitir a explicitação de acertos e desacertos das políticas públicas sobre saúde mental, uma vez que as instituições psiquiátricas como *locus* para os cuidados daquelas pessoas só surgiram no século XVIII[1].

Por outro lado, os direitos da personalidade foram objeto de um constructo sócio-jurídico circunscrito à proteção da esfera privada dos indivíduos, em especial para blindá-la de possíveis lesões, sejam estas oriundas das relações interpessoais, sejam elas originárias da esfera pública – nesta incluído o Estado e a sociedade.

A evolução histórica da proteção a esses direitos, reconhecidos como humanos, logo dotados de universalidade, tem sido matizada pela premissa do reconhecimento de que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de

[1] FOUCAULT, Michel. A história da loucura na Idade Clássica. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva,1978.

razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”[2].

Contudo, o fato de pessoas não serem dotadas de razão e consciência mercê de terem sua saúde mental afetada, tem suscitado, em boa parte de países, uma leitura patologizante que implica na representação da vulnerabilidade daquelas pessoas como fator excludente e discriminatório, mesmo quando presente legislação aparentemente protetiva.

Assim, o presente estudo objetiva, além da reflexão e informação, permitir a visualização da interdisciplinaridade do Direito, de modo propositivo e permissivo da elaboração de um contributo concreto, consentâneo e científico, às necessidades sociais específicas das pessoas com deficiência mental.

Para tanto, utilizar-se-á precipuamente os métodos histórico, comparativo e dedutivo, por pesquisa desenvolvida por intermédio de consulta a documentos e a bibliografia.

Busca-se, ainda, demonstrar a necessidade de elaboração de propostas legislativas e de projetos comunitários que envolvam a responsabilidade do Estado, da sociedade, da família e também das próprias pessoas com deficiência mental, à luz da eficácia horizontal dos direitos e das jurisprudências de Portugal e do Brasil.

Para tanto, procurar-se-á demonstrar a importância das mutações de paradigmas dos direitos da personalidade, provocadas pelo redesenho das formas de relacionamentos e de novos espaços de convívio, a fim de propiciar subsídios à adequação de instrumentos jurídicos e à edição de políticas públicas adequadas à vulnerabilidade ínsita àquelas pessoas.

Espera-se, portanto, desde uma retrospectiva histórica, apontar formas de proteção que, fomentando a inclusão daquelas pessoas vulneráveis, sirva como meio da efetivação dos direitos da personalidade na sociedade contemporânea, desde o questionamento dos requisitos da razão e da consciência como pressupostos à igualdade e à liberdade.

O cotejo histórico da temática, no ordenamento jurídico brasileiro com o de Portugal, poderá propiciar o relevo de eventuais pontos de aproximação de ambos os sistemas, bem como

---

[2] Art. 1º, Declaração Universal dos Direitos Humanos.

sublinhar os aspectos que os distanciam, ensejando, aqui e acolá, soluções para uma tutela efetiva das pessoas com deficiência mental.

1. DA TRANSCENDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A etimologia do vocábulo pessoa, na lição de Boécio apropriada por Tomás de Aquino, remete à noção de máscara: "o termo *persona* parece derivar das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias"[3].

Essa representação da concepção que o indivíduo forma de si próprio é, na contemporaneidade, ainda pertinente para fixar a titularidade dos direitos da personalidade que, exatamente por serem constitutivos da noção integral de pessoa humana, se diferenciam dos demais direitos fundamentais, transcendendo as formas de organização e situação histórico-sócio-estatais.

Os direitos da personalidade têm, ademais, seu fundamento assentado no tripé indissociável da autonomia, da dignidade e da alteridade, o que implica em constatar que a lesão direcionada a quaisquer deles configurará violação à dignidade da pessoa humana.

O adequado exercício desses direitos possibilita o convívio dos seres humanos tendo como princípio a flexão de sua privacidade para a criação de comunidades; o estabelecimento de relações interpessoais e harmônicas; e adoção de soluções de conflitos privados em benefício da coletividade, cujo desiderato é a continuidade e preservação da espécie humana.

Sob outro viés, a efetividade do exercício acima mencionado depende de uma também adequada tutela geral dos direitos da personalidade, ainda que se possa, como ASCENSÃO, tecer críticas ao desfavorecimento à tipificação desses direitos e à desmesurada extensão protetiva conferida aos mesmos[4].

Até pouco tempo, as referidas comunidades tinham *landmarks* específicos, localizadas geograficamente em espaços de influência de determinados ordenamentos jurídicos – o que lhes assegurava não só a fruição dos direitos da personalidade, mas, sobretudo, sua proteção.

---

[3] *Suma*, I, Q 29, a 3.

[4] ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. V. I. Introdução, as Pessoas, os Bens. Coimbra: Coimbra, 1997, p.79.

Com a globalização e o incremento das relações internacionais, organismos internacionais passaram a se ocupar da criação de uma tutela transnacional de tais direitos, ainda com óbices derivados das soberanias dos Estados.

Desde a última década do século XX, porém, o recrudescimento de dois fenômenos mundiais tem repercutido gravemente no exercício dos direitos da personalidade e na sua tutela, o recrudescimento da imigração e o *déficit* das políticas públicas sanitárias (em especial na área da saúde mental).

Esses fenômenos provocam efeitos distintos nos dois países, o que é explicável pelo fato de que no Brasil as questões envolvendo imigrantes vêm recrudescendo nos últimos tempos, enquanto Portugal é dotado de secular tradição neste tópico.

O avanço da imigração fustigada pelos efeitos da economia globalizada, em Portugal tem sido mais impactante do que no Brasil, graças à inserção daquele país na Comunidade Européia, e é mais suscetível de controle estatal.

No Brasil, nomeadamente carente de políticas públicas de imigração, tem-se o favorecimento da imigração clandestina, em especial oriunda de países sul-americanos e africanos, e com um mínimo controle pelo Estado.

Por outra ótica, particularmente no Brasil, tem-se que impacto similar à imigração em Portugal é provocado também pela migração dos habitantes das regiões mais pobres para as mais desenvolvidas, com efeito idêntico, como são os casos das regiões norte e nordeste para as regiões sudeste e sul.

De qualquer sorte, parece ser autorizado afirmar que a imigração, controlada pelo Estado ou à revelia do mesmo, assim como a migração no caso brasileiro, modifica consideravelmente a própria sociedade, redesenhando as relações pessoais, a interatividade, e faz surgir novas espécies de comunidades demandantes de políticas públicas sanitárias, os imigrantes.

Esse fenômeno da transmigração de pessoas de um Estado a outro, ou dentro do próprio Estado, agudiza a desproteção jurídica daqueles alijados do poder e destituídos de influência política, engrossando o número dos integrantes de grupos vulneráveis e de minorias.

Essa questão é maximizada quando as pessoas, além de imigrantes ou migrantes, possuem algum tipo de deficiência mental, sendo, pois, mais fragilizados

ainda os grupos vulneráveis integrados por sujeitos multifacetados, disseminados, muitas vezes com identidades instáveis e descentradas, e invisíveis como pessoas.

As diferentes concepções da dignidade da pessoa humana defluem das diversas formas de conexões, vinculações e identificações do Ser no mundo – o que implica situá-lo em posições sociais diferenciadas, uma vez que os indivíduos são diferentes e ocupam lugares diferentes no mundo.

É necessário, por isso, compreender, para normatizar adequadamente, a proteção às pessoas com deficiência mental, de molde a propiciar novas formas de se (re)estabelecerem laços sociais em que se respeite a dignidade da pessoa humana, permitindo-lhes a mantença e o desenvolvimento integral no lazer, na família e no trabalho.

A compreensão dos estatutos jurídicos do Brasil e de Portugal que buscam tutelar as pessoas com deficiência mental perpassa, assim, pela análise da questão de igualdade de oportunidades que, se consolidada aparentemente no plano jurídico, resta extraordinariamente controvertida nas perspectivas ideológica e filosófica, como pontua ARAÚJO[5].

2. DA EXCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Classes sociais[6] são formas de classificação e hierarquia social, daí necessariamente sua menção evocar o código de dominação/subordinação, razão pela qual BOURDIEU[7] afirma que devem ser compreendidas comparativamente: entende-se melhor uma classe em comparação com outra(s) classe(s). Tal qual o Ser humano se compreende melhor olhando-se no Outro e respeitando as diferenças de ambos.

É imperioso, pois, que se identifiquem as pessoas, ou grupo de pessoas que, seja por exclusão social, seja por discriminação, necessitam de tutela diferenciada na busca de se efetivar a ideia de igualdade acima exposta e de possibilitar a inclusão.

---

[5] ARAÚJO, António. Cidadãos portadores de deficiência. O seu lugar na Constituição da República. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 102.

[6] A expressão classe social é aqui utilizada em seu sentido sociológico, inconfundível com o sentido vulgarizado pela publicidade que cuida de classes econômicas ou de consumo, em que as pessoas são hierarquizadas metricamente pela sua capacidade de possuir bens de consumo. No sentido do texto, se compreende a existência de categorias de indivíduos diferentes e de classes de indivíduos que são subordinadas umas às outras. Para melhor compreensão do tema, consulte-se CODATO, Adriano; LEITE, Fernando. Classe Social. *In* ALMEIDA, Heloisa Buarque de. SZAWKO, José. (org.). Diferenças, igualdade. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009, p.20 e ss.

[7] BORDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. *In* O poder simbólico. 2. ed., Rio: Bertrand Brasil, 1998.

É nesse sentido que NUNES entende ser

> [...] fundamental a identificação das diferentes formas de discriminação e opressão que configuram violações dos direitos humanos, e dos modos como elas se alimentam e reforçam mutuamente. Só através do reconhecimento e denúncia de todas as formas de opressão, das exclusões, perseguições, marginalizações e discriminações baseadas na nacionalidade, na classe, na etnia, na raça, no sexo, na orientação sexual, na opinião ou na religião será possível afirmar, de facto, a indivisibilidade dos direitos que definem a dignidade humana em diferentes contextos[8].

A incompletude da proteção jurídica da dignidade humana radica, a rigor, nas relações de poder que permitem ou forçam opressões e exclusões.

Neste contexto, é possível distinguir as pessoas que integram as minorias das que compõem os grupos vulneráveis desde sua maior ou menor participação nas decisões que afetam a sociedade como um todo.

Os grupos vulneráveis são os grupamentos de pessoas que, não obstante terem reconhecido seu *status* de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva dessa tutela.

Grupos vulneráveis são, assim, caracterizados, também, pelo elemento de não dominância, possuindo, contudo, um conceito mais abrangente do que o das minorias. Daí mulheres, crianças e idosos poderem ser considerados grupos vulneráveis sem constituírem minorias.

Neles se inserem, por exemplo, os migrantes[9], os refugiados, as crianças, as mulheres, os idosos, os homossexuais e as pessoas com deficiência, que, não obstante contarem com o reconhecimento de suas cidadanias e com a previsão de tutela especial no ordenamento jurídico sofrem discriminações e exclusões.

Ressalte-se que mesmo dentre os integrantes de grupos vulneráveis, há discriminação e exclusão, em especial dentre as pessoas com deficiência, máxime em relação às pessoas com deficiência mental.

---

[8]NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. *In* BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio: Renovar, 2004, p. 29.

[9] Nas regiões sul e sudeste do Brasil, é emblemática a discriminação contra migrantes nordestinos, sendo que nem mesmo a eleição de uma nordestina como Prefeita da cidade de São Paulo conseguiu eliminar o preconceito.

Todavia, a ausência da característica da autoidentificação ou da solidariedade entre os integrantes dos grupos vulneráveis, com objetivo de preservação de cultura, tradições, religião ou idioma é o traço distintivo dos grupos vulneráveis com as minorias.

Já as minorias, independentemente do número de seus integrantes, são grupos autoidentificados e (des)qualificados juridicamente pelo baixo ou inexistente reconhecimento efetivo de direitos por parte dos detentores do poder[10].

A autoidentificação[11] deriva da comunhão de tradições culturais e também de similares ou idênticas características étnicas, linguísticas e religiosas, diversa do padrão hegemônico, verificável por elementos objetivos e não apenas por declaração de pertença. É o que sucede, por exemplo, com ciganos, índios, quilombolas, negros, e praticantes de seitas e de religiões de matriz diversa da ocidental[12].

A desqualificação jurídica deriva da incapacidade de articulação para gestão dos direitos de seus integrantes diante da população, como pontua MINHOTO e OTERO ao conceituarem minoria:

> [...] como um segmento social, cultural ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e a proteção de seus interesses, objeto de pré-conceituações e pré-qualificações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão social e cultural hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social[13].

---

[10]Resolução de 1954 da ONU conceitua minoria como grupos "não dominantes dentro de uma população, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou linguísticas marcadamente diferentes do resto da população".

[11]A maioria da doutrina utiliza o termo *solidariedade* ao se referir a esse elemento característico das minorias, o que parece ser, de um lado, um equívoco, posto que juridicamente implica em relação obrigacional dentre os seus integrantes, e, de outro, suscita o sentimentalismo da comiseração, o que é incompatível com a dignidade da pessoa humana e razão de práticas meramente assistencialistas, além de massificar ou pasteurizar as diferenças, visualizando, por exemplo, um cainguangue como se fosse um guarani, com desprezo às idiossincrasias particulares que os diferem. Observe-se que não apenas os membros das minorias indígenas possuem culturas, tradições e línguas diversas, mas também os de religiões: mesmo na milenar religião judaica, existem diferenças marcantes. Já a autoidentificação exige uma postura vivencial, individual e não necessariamente grupal, de reconhecimento integrativo das diferenças dos membros das minorias, que não se resume à mera autoafirmação de ser integrante.

[12]Mesmo no estado brasileiro da Bahia, onde é grande o contingente populacional de raízes africanas e forte o sincretismo religioso, a equiparação do casamento religioso celebrado no candomblé ao casamento civil foi objeto de longa e árdua resistência, só vencida pela jurisprudência.

[13]OTERO, Cleber Sanfelici. Inclusão social da minoria indígena: a luta pela terra e o direito de tratamento diferenciado dos índios da etnia kaungáng da terra indígena Apucaraninha, p. 99. *In* LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) Constituição e inclusão social. Bauru:

Já a qualificação jurídica da minoria, por óbvio, implica o reconhecimento de sua existência e da necessidade de especial proteção – seja pelo Estado, seja pela sociedade, ou até mesmo por organismos internacionais.

O liame que aproxima os integrantes dos grupos vulneráveis e das minorias é a discriminação exclusiva, despida de critérios justificáveis, no mais das vezes fruto de preconceitos estigmatizadores.

Cabe, aqui, salientar a lição de CRUZ[14] quanto à existência de discriminação intencional, diretamente voltada à violação dos direitos fundamentais e no Brasil criminalizada[15], mas também, da discriminação de fato, por vezes inconsciente e consistente em reprodução de práticas politicamente incorretas ou na banalização de mecanismos discriminatórios.

A discriminação de fato é um fenômeno introjetado na cultura social, que pode ser verificado em estereótipos divulgados recorrentemente em piadas (de loiras "burras", sogras "bruxas", colombiano "traficante", cigano "ladrão", *etc*.) que contribuem para gerar racismo, sexismo ou xenofobia.

De se observar que tal fenômeno não está ligado à desinformação social ou acadêmica, mas, sim a uma deformação cognitiva, razão pela qual a disseminação da discriminação de fato ocorre em todos os estratos sociais, diferindo apenas quanto à repercussão.

Assim, se alguém se manifesta sobre a defesa dos direitos de prostitutas, homossexuais e mesmo da saúde, poderá ser objeto de gracejos sexistas, como o perpetrado pelo ex-governador do Estado brasileiro do Paraná, Roberto Requião que, em cerimônia oficial de lançamento de campanha de combate ao câncer de mama, jocosamente atribuiu o aumento da incidência daquela patologia em homens à proliferação de passeatas pró *gays*[16].

CRUZ observa ainda que

EDITE, 2007, p. 13. Adotando idêntico conceito, na mesma obra, MINHOTO, Antonio Celso Baeta. A inclusão social e a questão da conceituação do termo "portador de deficiência", p. 13.

[14]CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 40 e ss.

[15] Leis 7.716/89 e 9.459/97.

[16]Fato ocorrido em outubro de 2009, em Curitiba, com repercussão em toda a imprensa nacional brasileira.

> Outra forma de discriminação de fato resulta de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação. Nesse sentido, as minorias não conseguem fazer com que recebam um tratamento diferenciado em razão de suas peculiaridades étnicas, culturais e sociais[17].

Quiçá em razão dessa indiferença estatal é que as cestas básicas fornecidas pelos governos brasileiros às populações pobres não contém dentifrícios[18], mesmo sendo altíssima a incidência de doenças bucais no país e, por igual motivo, que livros com conteúdo racista e sexista sejam distribuídos a escolares pelos mesmos governos[19].

Registre-se que o conceito de discriminação indireta foi originariamente formulado no caso *Griggs vs. Duke Power Company* (EUA, 1971), em que se decidiu que a exigência de se possuir estudos secundários completos para a obtenção de emprego configura requisito discriminatório aos negros, para quem o acesso ao ensino era mais difícil[20].

Também na União Europeia, como registra SERRA CRISTÓBAL[21], foi a jurisprudência quem utilizou o mesmo conceito pela primeira vez (caso *Defrenne II*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 1976), para se afirmar a existência de determinadas condutas que, mesmo sendo formalmente não discriminatórias, ainda assim deveriam ser entendidas contrárias à proibição de discriminação entre homens e mulheres.

Assim, a hipossuficiência dos integrantes dos grupos vulneráveis para a defesa de seus direitos, e em especial para o respeito às diferenças que as distinguem dos grupos dominantes do poder em uma sociedade pluralista e democrática, torna tais

---

[17]CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p. 44.

[18]No Brasil, os laboratórios do Estado sequer produzem pastas dentais genéricas, o que reforça a conclusão de indiferença.

[19] CRUZ narra emblemático fato ocorrido no Brasil: ao recomendar a retirada de feijão das cestas fornecidas pelo Governo Federal aos integrantes da tribo dos Maxacalis, vez que, por peculiar hábito alimentar era utilizado apenas como escambo para obtenção de bebidas alcoólicas, ao invés de lograr êxito na adequação dos produtos fornecidos à cultura indígena, quase provocou a exclusão daquela comunidade do programa governamental. Op. cit, p. 45.

[20]Citado, entre outros, por SERRA CRISTÓBAL, Rosario. La discriminación indirecta por razón de sexo. *In* RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer.Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 370 e ss.

[21] *Idem,* p. 371.

pessoas merecedoras de tutela especial: se esta não é viabilizada pelas políticas públicas e sociais, a solução parece radicar nas ações afirmativas, conceitualmente derivadas dos Direitos Humanos e capazes de criar condições para uma efetiva participação política, econômica e social de todos esses segmentos.

É intuitivo que a abordagem dos direitos da personalidade, nos limites deste estudo, seja voltada à compreensão do pluralismo e da democracia e, neste cenário, à tutela dos direitos dos grupos vulneráveis no Brasil e em Portugal.

Os direitos humanos, como sublinha LEÃO, defluem do princípio fundamental de que "todas as pessoas possuem uma dignidade humana inerente e têm igual direito a desfrutá-los, independentemente de sexo, raça, cor, idioma, nacionalidade de origem ou classe, de crença religiosa ou política"[22].

De se observar que a lógica interpretativa dos direitos humanos exige não vê-los imunes às construções históricas, eis que não se traduzem em valor isolado ou individual. Ao contrário, só são compreensíveis na sua medida instrumental para a satisfação das necessidades do Homem em sociedade sob a luz da dignidade da pessoa humana.

Por isso que FERNANDEZ ressalta:

> [...] los derechos humanos se fundan, no en la "naturaleza" humana sino em las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad; por tanto, la temática específica de los Derechos Humanos estará en función de los valores constituídos en una comunidad histórica concreta y los fines que ella misma pretende realizar, siempre que se respete como principio ineludible la própria esencia de la dignidad de la persona humana con el fin de si misma, pues de outra forma no podríamos hablar del "hombre" sino de cualquier outra cosa, aunque justa y útil[23].

---

[22]LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales y culturales. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009, p. 34. Tradução livre.

[23] FERNANDEZ, Euzébio. Anuário de derechos humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 92. Em tradução livre: os direitos humanos não se fundamentam na natureza humana, mas nas necessidades humanas e nas possibilidades de serem elas satisfeitas dentro de uma determinada sociedade; por isso, o tema específico dos direitos humanos sempre estará imbricado às funções dos valores de uma comunidade histórica concreta e dos objetivos que ela própria pretende alcançar, sempre que se respeite como princípio iniludível a própria essência da dignidade da pessoa humana como um fim em si mesma, pois de outra forma não poderíamos falar do homem, e sim de qualquer outra coisa, ainda que justa e útil.

Desta base principiológica podem ser extraídas as suas principais características, a saber: indivisibilidade, interdependência e universalidade, afirmadas pela vez primeira no artigo I da Declaração de Virginia, Estados Unidos da América do Norte, em 1776:

> Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança[24].

Desde então os direitos humanos vêm se renovando ou se desdobrando em ininterruptas dimensões que podem ser assim classificadas quanto ao seu desenvolvimento histórico: no século XVIII, os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos, e no Século XX os direitos sociais, econômicos, culturais e, já nos umbrais do Século XXI, os pertinentes às novas tecnologias de natureza interdisciplinar, como os da biotecnologia e da informática.

Impende salientar que essa classificação dos direitos, aqui adotada, não implica em considerá-los como sucessivos e historicamente considerados.

É que, se é verdade que os direitos civis, políticos e sociais, e de liberdade evoluíram historicamente até a metade do Século XX, caracterizados por circunstâncias peculiares, na contemporaneidade já não se pode analisá-los conforme seus conteúdos históricos, carecendo de contínua redefinição que permita contextualizá-los à contemporaneidade e ao futuro.

Antes, faz-se presente uma interpenetração dimensional, mercê das necessidades atípicas e das exigências de natureza metaindividuais sequer imaginadas pelas sociedades anteriores ao Século XX, que considere a existência de abissais diferenças dentre as sociedades.

As novéis necessidades defluem da coexistência de Estados nucleares, com baixa complexidade sistêmica, como os europeus, e de Estados periféricos colorizados por alta complexidade, como os sul-americanos.

---

[24]COMPARATO, Fábio Konder, A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50.

Isto porque as demandas sociais dos países periféricos são, ainda, voltadas aos direitos básicos de sobrevivência, com titulares emergentes, enquanto que as dos nucleicos são direcionadas ao aprimoramento da qualidade de vida, com sujeitos sociais bem definidos.

Esta característica mutante é apontada por SARLET[25] ao analisar o conceito da finalidade de todas as dimensões jurídicas, a tutela da dignidade humana, assim:

> [...] a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico normativo, a exemplo de tantos outros conceitos e contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais[26].

Por isso que WOMKER conceitua o que chama de "novos" direitos como

> [...] a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente[27].

Conclui-se, pois, que o reconhecimento e a materialização dos direitos humanos, máxime no que diz respeito a grupos vulneráveis e as minorias, exige a ampliação e renovação de institutos processuais e procedimentais que reordenem o

---

[25]SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

[26]SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998, p. 40-41.

[27]WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. *In* WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. (org.) Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

sistema jurídico para propiciar a efetivação dos mesmos, levando em consideração a premissa da diversidade.

A proclamação dos Direitos Humanos em Declarações, Tratados e Convenções Internacionais, e a sua positivação em Constituições, se prestam a lhes dar consistência institucional e *status* de fundamentalidade, mas isto ainda é insuficiente para assegurar sua efetividade.

LORA ALARCÓN, para quem, no trânsito de uma dimensão de direitos à outra, há o "deslocamento de perspectiva no resguardo da vida humana", lembra que:

> Tem a Constituição, instrumento jurídico, em consequência, como a sociedade que rege, um desenvolvimento através do tempo. Esta questão não pode passar despercebida, porque não remete exclusivamente a uma análise histórica ou filosófica. É que a constante evolução dos direitos fundamentais deu lugar a uma concepção de universalidade que impregnou os estatutos constitucionais de razão e de lógica. Não se concebe Estado Constitucional onde não existem direitos fundamentais. Com razão afirma Paulo Bonavides que a nova universalidade dos direitos fundamentais dá aos direitos civis e políticos no constitucionalismo rígido de nosso tempo, um mais alto grau de juridicidade, concretude, positividade e eficácia[28].

Isto resulta, dentre outras razões, da dificuldade de se compatibilizar o caráter universalista dos direitos da personalidade com a premissa relativista dos direitos das minorias, o que acarreta permanente tensão entre ambos.

Esse tensionamento advém, também, das premissas das cartas internacionais dos direitos humanos que vedam privilegiar grupos em detrimento do indivíduo[29] na tentativa de fazer com que os direitos das minorias não impliquem abandono e tampouco violação dos Direitos Humanos.

KYMLICKA[30] vislumbra uma dupla face nessa tensão: os direitos humanos como inspiração e limite ao mesmo tempo dos direitos das minorias, para defender, em

---

[28]LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, p. 84.

[29]Como exemplo dessa vedação, veja-se a Declaração sobre a diversidade cultural da UNESCO (2001), cujo artigo 4 estabelece que "ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu exercício".

[30]KIMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris,

uma ótica multiculturalista liberal, um processo de "cidadanização" em que há um amálgama das concepções liberal e das tradições culturais:

> [...] o multiculturalismo liberal é igualmente transformador das identidades e das práticas dos grupos minoritários. Muitos desses grupos possuem suas próprias histórias de preconceito étnico e racial, de antisemitismo, de exclusão de casta e de gênero, de triunfalismo religioso e de autoritarismo político, todos os quais são deslegitimados pelas normas do multiculturalismo – liberal-democrático[31].

Essa deslegitimação se presta a impedir que, sob o pretexto de defesa das minorias e dos grupos vulneráveis, sejam adotadas práticas discriminatórias.

Neste sentido, cabe lembrar o exemplo construído por ARAUJO[32], acerca de acesso a qualquer posto de trabalho por pessoa com deficiência sem aferição de sua habilitação, dada a correlação lógica entre fatores diferenciais existentes e que autorizam a distinção.

BOSON, no mesmo sentido, esclarece a legitimidade da discriminação quando

> [...] há correlação lógica na discriminação entre os deficientes visuais e aqueles que enxergam perfeitamente para o efeito de admissão na função de piloto de aviões, mas não, na discriminação entre homens e mulheres para o mesmo efeito[33].

Sublinhe-se, pois, que a discriminação aqui citada, se refere àquela lesiva do princípio da igualdade, nela não se subsumindo as hipóteses legitimamente exigidas quando da aplicação do princípio da diferença[34-35.]

2008. O Autor defende que a coexistência de culturas diferentes é possível mediante a aceitação de valores liberais ("nós somos livres para sermos nós mesmos"), fundado no fato de todos os seres humanos merecerem tratamento como iguais, utilizando a Lei de Multiculturalismo do Canadá, de 1988, como exemplo.

[31] *Idem,* p. 233.

[32]ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 914.

[33]BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (coord.) Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000, p. 256.

[34]Veja-se, neste sentido, o conceito de RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008, p. 695 e ss.

Nos limites deste texto, cabe a análise, não exaustiva, dos vários instrumentos que o concerto dos Estados tem desenvolvido para a proteção dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis, para ressaltar aspectos daqueles documentos que, sobre serem relevantes, guardam estreita e maior pertinência com a temática deste trabalho.

Em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos voltados ao desenvolvimento da Declaração Universal de 1948, iniciando a criação de mecanismos de sanção às violações dos Direitos Humanos, pactos estes ratificados pelo Brasil e por Portugal.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece o dever dos Estados partes assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição.

Para isso, impõe ser dever estatal a adoção de todas as medidas necessárias para este fim, e o estabelecimento de um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações dos direitos civis e políticos.

Dentre os direitos assegurados, tem relevo o princípio da não discriminação, servindo, pois, de meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra privilégios privados e abusos do poder estatal.

Também se adotou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que incorporou os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes, voltados à proteção dos grupos sociais desfavorecidos contra a dominação socioeconômica exercida pelos detentores do poder.

Daí COMPARATO[36] sublinhar que

> Num caso [*do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*], pois, defesa contra a oligarquia política; noutro, luta contra a dominação de classe. Em razão disso, a posição do Estado, como sujeito passivo da relação jurídica, passa de um polo a outro. Para a fruição das liberdades civis, o que se exige é a abstenção estatal: as

---

[35]Frise-se que o princípio da diferença não é a única hipótese legitimadora da discriminação. Neste sentido, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 53 e ss.

[36] COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação histórica dos direitos humanos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 337-338.

> violações de direitos, nesse campo, ocorrem por interferências abusivas do Poder Público na vida privada e no exercício dos direitos políticos. Relativamente aos direitos declarados no (...) Pacto [*Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*] ao contrário, a antijuridicidade consiste na inércia estatal, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em limitar ou controlar o poder econômico privado. Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável[37].

Em 1978, a UNESCO aprovou a Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, proclamando o direito à diferença: "Todos os povos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tais".

A Resolução 44 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1989, adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 23 determina que a criança portadora de deficiência (física ou mental) deve desfrutar de uma vida plena, decente e com dignidade, que favoreça sua autonomia e permita sua participação ativa na comunidade, com direito a cuidados especiais, acesso à educação, saúde e serviços de reabilitação.

A Organização das Nações Unidas adotou duas declarações pioneiras quanto à questão da pessoa com deficiência: a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971), com ênfase à igualdade de direitos e de acesso a meios de desenvolvimento, e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975) em que, pela primeira vez, se definiu pessoa deficiente como sendo

> 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 e mentais.

Essa incapacidade remete ao déficit de adaptação funcional, ou seja, ao modo como as pessoas lidam com situações cotidianas e manifestam interdependência pessoal.

Na contemporaneidade, segundo a Associação Psiquiátrica Americana - APA, a deficiência mental é definida por funcionamento intelectual abaixo da média, igual ou inferior a 70, sendo graduada como deficiência mental ligeira (pessoas que, desde que

---

[37] Autor e ob. cit., p. 337-338.

apoiadas no cotidiano, podem levar com independência uma vida considerada normal na sociedade); deficiência mental moderada (pessoas que, embora possam se comportar com independência em círculos familiares, têm dificuldade de socialização por não reconhecerem convenções sociais); deficiência mental grave (pessoas que podem se integrar na sociedade mediante permanente supervisão); e deficiência mental profunda (pessoas que não conseguem se integrar na vida comunitária, necessitando de cuidados diuturnos).[38]

Foi, todavia, longo o caminho até se construírem esses conceitos caracterizadores da deficiência mental. Somente a partir do século XIX é que a deficiência mental passou a ser concebida como doença de natureza psicopatológica com nuances diferenciadoras da loucura, desde uma perspectiva organicista e neurológica, e visualizada como atraso no desenvolvimento dos processos cognitivos.[39]

Conforme sublinha LOBO, no inicio do século XX, a idiotia, até então questionada como doença, considerada incurável e marcada por estigmas físicos e causas orgânicas, assimilada à alienação, passou a ser associada ou conjugada à loucura, ganhando visibilidade nas ciências médicas que a institucionalizou e, assim, construiu o conceito de criança anormal.[40]

As várias tentativas de sistematização do conceito de deficiência mental, desenvolvidas a partir do século XX, consideravam o déficit intelectual, a adaptação comportamental, e, ainda, a imaturidade pertinente ao desenvolvimento, o comportamento, contemplando, também, o ponto da incurabilidade.[41]

Neste século XXI, as mais importantes mudanças quanto à conceituação de deficiência mental foram implantadas por influência da American Association on Intellectual and Development Disability – AAIDD nos dois sistemas internacionais de classificação de doenças conhecidos como CID-10[42] e o DSM-IV[43].

---

[38] APA - American Psychological Association. DSM-IV-TR. 4. ed. Lisboa: Climepsi, 2004, p. 39 e ss.

[39] Neste sentido, consulte-se CARVALHO, Erenice Natália Soares de; MACIEL, Diva Maria M. de A. Nova Concepção de deficiência mental segundo a *American Association on Mental Retardation* – AAMR: sistema 2002. *Temas em Psicologia da SBP*, Brasília, DF, v. 11, n. 2, p. 147-156, 2003.

[40] LOBO, Lilia F. Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: UFF, 1997, p. 472.

[41] Como pontuam COELHO e COELHO *in* COELHO, Luísa; COELHO, Rui. Impacto psicossocial da deficiência mental. Revista Portuguesa de Psicossomática. v. 3, n. 1, jan./jun. Porto: RPP, 2001.

[42] CID é abreviatura da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, e objetiva categorizar as descrições diagnósticas com base na organização das síndromes, e é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com revisões periódicas. Assim, CID-10 significa a décima revisão.

[43] DSM é abreviatura de *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders - Fourth Edition* (Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais), é publicado pela Associação Psiquiátrica Americana

A Organização Mundial da Saúde publicou em 1976 a Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens - CIDID[44], na qual se traceja a distinção entre deficiência, incapacidade e desvantagens, como destacam FARIAS e BUCHALLA:

> *Impairment* (deficiência) é descrita como as anormalidades nos órgãos e sistemas e nas estruturas do corpo; *disability* (incapacidade) é caracterizada como as consequências da deficiência do ponto de vista do rendimento funcional, ou seja, no desempenho das atividades; *handicap* (desvantagem) reflete a adaptação do indivíduo ao meio ambiente resultante da deficiência e incapacidade.[45]

Em 2001, a mesma Organização Mundial da Saúde publicou um novo modelo voltado à adequada tutela das pessoas com deficiência mental, ao divulgar a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF,[46] preconizando uma abordagem holística e contextualizada tridimensionalmente, assim mencionada por FARIAS E BUCHALA:

> A CIF é baseada, portanto, numa abordagem biopsicossocial que incorpora os componentes de saúde nos níveis corporais e sociais. Assim, na avaliação de uma pessoa com deficiência, esse modelo destaca-se do biomédico, baseado no diagnóstico etiológico da disfunção, evoluindo para um modelo que incorpora as três dimensões: a biomédica, a psicológica (dimensão individual) e a social. [...] Os conceitos apresentados na classificação introduzem um novo paradigma para pensar e trabalhar a deficiência e a incapacidade: elas não são apenas uma consequência das condições de saúde/doença, mas são determinadas também pelo contexto do meio ambiente físico e social, pelas diferentes percepções culturais e atitudes em relação à deficiência, pela disponibilidade de serviços e de legislação.[47]

Essas concepções em gradiente da deficiência mental têm sido, na prática e em especial no Brasil, desconsideradas pelo Direito e pela sociedade – que ainda concebe

---

(APA). Assim como a CID, utiliza um sistema categórico e tem revisões periódicas, daí DSM-IV significar sua quarta edição. Observe-se que, por ter inspiração o modelo organicista, é, por muitos, considerado ateórico.

[44] *International Classification of Impairment, Disabilities and Handicaps.*

[45] FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *Revista Brasileira de Epidemiologia.* v. 8, n. 2, p. 187-193, jun. São Paulo: RBE, 2005, p. 189.

[46] *International Classification of Functioning, Disability and Health.*

[47] Autores e ob. cit., p. 189-190.

toda pessoa com deficiência mental como absolutamente incapaz de ser incluída socialmente, fadada ao asilamento e à discriminação, estigmatizando-se aquelas pessoas, ainda que se tenha presente um considerável arsenal normativo nos sistemas jurídicos internacional e brasileiro para sua implementação.[48]-[49]

A farta positivação dos direitos fundamentais e consequente institucionalização das normas tutelares das pessoas com deficiência – e aqui se podem incluir as relativas também às pessoas integrantes de minorias e de grupos vulneráveis, se representa, de um lado, um inegável avanço, de outro não resolve a problemática que envolve essas pessoas.

É que a questão, como muitas no Brasil e em Portugal, não é a existência ou não de leis. O problema que aflige as minorias, os grupos vulneráveis e, em especial, as pessoas com deficiência, radica na falta de eficácia das leis existentes, desde o não aculturamento no *ethos* do direito e do respeito à diferença.

O Ser, quando diferente da maioria, é um ser invisível, não reconhecido pela sociedade e pelo Estado, sempre que não é viabilizada ou é cerceada sua organização em grupos ou negada sua possibilidade de apresentar seus interesses específicos e de participar da tomada de decisões sobre eles.

Isto ocorre malgrado o artigo 15 da Convenção-Modelo sobre a Proteção de Minorias Nacionais[50] estabelecer

> as Partes devem criar as condições necessárias para a efetiva participação de pessoas pertencentes às minorias nacionais na vida cultural, social e econômica e nos negócios públicos, particularmente naqueles que as afetem.

As providências e os mecanismos adotados pelos dois países para a defesa das minorias e dos grupos vulneráveis não têm se mostrado aptos a assegurar a participação de seus integrantes, nem no processo decisório, nem na efetivação dos seus direitos.

---

[48] No plano internacional, têm-se, de forma específica, a Declaração de Salamanca (1994); a Convenção da Guatemala (1999); a Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual (2004); e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

[49] Destacam-se, no Brasil, como marcos, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988); o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990); a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996); a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (1999); o Plano Nacional de Educação (2001); a Lei nº. 10.216, de 6 de abril de 2001; a Portaria GM nº. 336 de 19 de fevereiro de 2002; a Portaria GM nº. 1.608, de 13 de Agosto de 2004 e a Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência (2008).

[50] Adotada pelo Conselho da Europa em 1995.

Para se exemplificar essa inaptidão, basta lembrar que não há, no Brasil e em Portugal, estímulo à integração das minorias dentro do sistema político, sequer no dos partidos políticos, embora estudos apontem isso como sendo uma das alternativas positivas para que seja obtida efetividade na sua proteção[51].

Já para alguns grupos vulneráveis há tentativas desse tipo de estímulo, como sucede com a legislação sanitária que tanto em Portugal quanto no Brasil estabelecem a reforma psiquiátrica, sem, todavia, obter efetividade na proteção às pessoas com deficiência mental e ou com algum distúrbio psíquico.

Nos Estados em que as sociedades eram bastante homogêneas, como ocorria na Idade Média, construiu-se um mecanismo lógico para solucionar conflitos políticos: a regra da maioria, que pressupunha homens livres, iguais, e com as mesmas necessidades, e legitimava decisões (políticas e jurídicas) decorrentes da sua estrita observância.

Com o aparecimento (ou reconhecimento) da existência de minorias desassistidas mesmo em sociedades plurais, aquela regra mostrou-se ineficaz para proteger as minorias contra tratamentos discriminatórios.

Tornou-se, então, necessário o estabelecimento de comunicação dentre os diversos estamentos sociais para viabilizar não só o compartilhamento do poder, mas a própria paz social derivada do respeito à individualidade humana.

Ressalte-se que parece ser cabível aos sistemas português e brasileiro a advertência endereçada ao sistema estadunidense por ACKERMAN, quanto ao perigo de uma excessiva ruptura político-social que pode ser propiciada pelo radical apego ao pluralismo:

> [...] como a análise pluralista às vezes se degenera em pura apologia, ela positivamente provoca um tipo poderoso de crítica: a busca por interesses suprimidos. Este fato envolve a identificação de grupos que, por uma ou outra razão estrutural, vivenciam profundas dificuldades de encontrar espaço no mundo pluralista. Os negros e outros grupos menos favorecidos lideram a lista, que tem aumentado com o tempo, para incluir mais interesses difusos, tais como o ambiental e do consumidor. Como o número e a diversidade desses grupos

[51]Neste sentido, consulte-se o interessante trabalho preparado para o Comitê de Especialistas em questões relacionadas à proteção de minorias nacionais do Conselho da Europa: FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 77 e ss.

> enfraquecidos se tornou aparente, o pluralismo estadunidense começou a mostrar a sua nocividade[52].

E são as dificuldades de implementação de medidas protetivas de grupos vulneráveis e de minorias, na área da saúde mental, no Brasil e em Portugal, que não só exemplificam como dão fundamento à imprescindibilidade da reflexão sobre o tema.

CONTRERAS PELÁEZ[53] lembra que os direitos sociais foram gestados para superar as deficiências e omissões das liberdades individuais, estando intimamente ligados ao Estado social.

Como o Estado Social objetiva suprir as insuficiências do Estado liberal, tem-se o desenho cambiante do Estado na História conforme as expectativas da sociedade quanto à satisfação dos direitos fundamentais surgidos como resposta à ameaça da miséria, da ignorância e da dependência.

Tais direitos têm como titular o Homem, real, concreto e vinculado às circunstâncias culturais, econômicas e históricas. É dizer: a base dos direitos sociais é o Homem relacionado, frente a seus semelhantes. Isto porque, como lembra Joaquin Herrera, "as necessidades são sempre sentidas individualmente, embora sejam satisfeitas socialmente"[54].

Assim, os direitos das minorias devem ser impregnados do respeito à diferença que reforça a lógica da dignidade humana, e não sacralizados com a aura da caridade e do assistencialismo que diminui a dimensão da cidadania.

Isto exige a coordenação da tutela da diversidade com o respeito às originalidades individuais desde a implementação de políticas voltadas à sensibilização da sociedade até a profissionalização das pessoas com deficiência.

A tutela das minorias e dos grupos vulneráveis é, como visto, uma incompletude, social e jurídica, ainda, o que impede a conclusão deste estudo de forma

---

[52] ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

[53]CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideologia. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

[54]CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideologia. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

definitiva e o endereça a alimentar a polêmica que, em última análise, é sobre o dever jurídico de solidariedade.

É dizer: a utilidade da distinção entre minorias e grupos vulneráveis reside no aprimoramento do foco da tutela, que cuide adequadamente das especificidades das necessidades de cada um dos grupos, de molde a não permitir nem a atrofia nem a hipertrofia da tutela.

De se lembrar, por derradeiro, que a hipostasia do grupo vulnerável e das minorias deve ser afastada para que o fator coletivo de identificação funcione somente como discrímen permissivo da modulação da garantia fundamental a Ser digno. Ainda e mesmo que diferente, sobretudo se faz presente na pessoa humana uma deficiência mental.

3. DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL EM PORTUGAL E NO BRASIL

Os tratamentos dos doentes mentais sempre configuraram exclusão, reclusão e asilamento, mercê da não aceitação da diferença. Assim, hospitalização e o asilamento do doente mental sempre visou atender, antes, a segurança da ordem e da moral pública.

Essa situação perdurou no Brasil até o final do Século XX, quando ocorreu a chamada reforma psiquiátrica, desencadeada com inspiração no novel modelo psiquiátrico italiano, buscando dar ao paciente alternativas inclusivas de tratamento, e especialmente, com foco na sua visibilidade social.

De fato, somente em 2001 é que foi editada, no Brasil, a Lei 10.216/2001determinando inclusive a extinção dos manicômios e a criação de rede federal de centros conectados com hospitais gerais, norma cujos efeitos concretos ainda não se fizeram acontecer.

Em Portugal, a legislação desde 1963 já preconizava melhor tutela (do que a brasileira) às pessoas com deficiência mental, seguindo os princípios de setorização dos cuidados com a criação de centros de saúde mental em todos os distritos.

Essa setorização parece ter facilitado a aprovação da reforma nos anos 90[55], quando foram adotados os princípios recomendados pelos organismos internacionais para a saúde mental.

---

[55] Lei nº 36/98 e Decreto Lei nº 35/99.

Ao comentar a quebra do paradigma institucional em Portugal, ALMEIDA sublinha as resistências ainda existentes:

> [...] apesar de toda a evidência disponível, a transição de um modelo para o outro tem encontrado resistências fortes em muitos lugares. No nosso país, se considerarmos a situação actual com a dos anos 70, constatamos que se avançou muito em vários aspectos importantes. A maior parte da população já não depende da assistência prestada pelos hospitais psiquiátricos. Estes têm vindo a ser substituídos por departamentos de psiquiatria em hospitais gerais, que já cobrem uma boa parte do país e que asseguram, além do internamento, outras intervenções a nível do ambulatório. Graças à criação de residências e centros de dia, a partir do final dos anos 90, algumas centenas de doentes já beneficiam deste tipo de estruturas. Desde 1998, ano da aprovação da Lei de saúde mental, acabaram os internamentos compulsivos sem base legal. Finalmente, com a implementação do novo Plano Nacional de Saúde Mental, iniciada em Abril de 2008, tornou-se possível levar a cabo um desenvolvimento organizado de serviços na comunidade e de estruturas de cuidados continuados especialmente desenhados para responder aos problemas específicos das pessoas com doenças mentais graves.
> No entanto, todos estes progressos têm encontrado oposições significativas por parte dos que defendem a manutenção do status quo e muito do que deveria – e poderia – ter sido feito, nas últimas décadas, continua ainda hoje por fazer.[56]

Mesmo assim, a efetividade da proteção jurídica às pessoas com deficiência mental em Portugal, é prejudicada em especial em face das crises econômicas que agrava as questões dos imigrantes, como atesta o próprio Alto Comissariado da Saúde:

> Embora escassos, os dados existentes sugerem que a prevalência dos problemas de saúde mental não se afastará muito da encontrada em países europeus com características semelhantes, ainda que os grupos mais vulneráveis (mulheres, pobres, idosos) pareçam apresentar um risco mais elevado do que no resto da Europa[57].

Esse diagnóstico pode ser explicado pela exclusão social da pessoa imigrante com deficiência, mercê de uma política pública estatal discriminatória:

> A situação de saúde mental dos imigrantes e dos grupos étnicos minoritários é considerada, ao nível da Europa, pior do que a do cidadão europeu médio.

---

[56] ALMEIDA, José Miguel Caldas de. Apresentação da edição portuguesa de *Social Inclusion of People with Mental Illness. In* LEFF, Julian. WANER, Richard. Inclusão social de pessoas com doenças mentais .trad. Ana Paula Lopes. Coimbra: Almedina, 2008, p.8.

[57] PORTUGAL, Ministério da Saúde, Alto Comissariado da Saúde, Coordenação Nacional para a Saúde Mental Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016 — Resumo Executivo Lisboa: Coordenação Nacional para a Saúde Mental, 2008.

> Segundo a declaração de Amesterdã -The Amsterdam Declaration Towards Migrant Friendly Hospitals in an ethno-culturally diverse Europe (Migrant-Friendly Hospitals, 2004) os imigrantes não recebem cuidados de saúde ao mesmo nível do que a média da população – em termos de diagnóstico, tratamento e serviços preventivos – e os serviços de saúde não são suficientemente receptivos às necessidades específicas das minorias.
> [...]
> Apesar do reconhecimento de uma maior vulnerabilidade dos imigrantes face às problemáticas da saúde em geral e dos problemas mentais em particular, e de terem sido feitos esforços para a sensibilização desta população face aos riscos das doenças infecto-contagiosas (como a tuberculose, as hepatites e a SIDA), até agora, no contexto português, faltam reflexões aprofundadas sobre a especificidade e necessidades destes grupos, em particular na área da saúde mental, onde continuam a ser reproduzidas atitudes universalistas, organicistas e biomédicas da doença.
> Os imigrantes sentem no seu "não estar" que reside a culpa originária do imigrante: é culpado de um reato latente, da violação de uma fronteira, da permanência num país sem permissão, da ocupação abusiva de lugares de trabalho, de concorrência desleal (porque aceita salários mínimos), assim como do consumo de recursos e serviços dos quais somente os autóctones deveriam ter direito[58].

As políticas públicas, inclusive as chamadas ações afirmativas, voltadas à tutela das pessoas com deficiência mental, têm-se apresentado mais como marginalizantes do que protetivas aos seus destinatários, seja em Portugal, seja no Brasil.

Exemplo disso tem-se, no Brasil, com a exclusão provocada pelas legislações que extinguiu os manicômios; que pretende extinguir as escolas especiais ao mesmo tempo em que torna obrigatória a matrícula em escolas regulares[59]; e que exige de empresas privadas vagas funcionais para pessoas reabilitadas da Previdência Social ou portadoras de deficiência.

Em Portugal, pode-se exemplificar essa hipertrófica tutela com a existência de serviço de saúde mental específico para imigrantes criado sob a premissa de uma

---

[58]PUSSETTI, Chiara. Identidades em crise: imigrantes, emoções e saúde mental em Portugal. *Saude soc.* [online]. 2010, vol.19, n.1, pp. 94-113. ISSN 0104-1290.

[59] Observe-se que Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes impõe ao Estado o dever de assegurar que "as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência." (art. 24, § 2º, *b*)

seleção negativa em que os imigrantes são estereotipados como seres fracos e instáveis, suscetíveis de desenvolverem seus distúrbios em especial no país que os acolheram, mesmo tendo sido um dos primeiros países da Europa a editarem lei nacional específica à proteção desses integrantes do grupo de vulneráveis.

A aceleração tecnológica verificada nas últimas décadas nas áreas da robótica, médica, farmacêutica e psicológica, e a releitura das relações motivada pelo acréscimo dos instrumentos de comunicação globalizada, tem suscitado novos conflitos, impensáveis à Ciência Jurídica até pouco tempo, o que implica na constatação de severa anomia para o exercício e defesa dos direitos da personalidade, verificável na maioria dos sistemas jurídicos.

Questões como institucionalização das pessoas acometidas de patologias psíquicas; acessibilidade das mesmas a postos de trabalho; subsídios ou amparos previdenciários; cuidadores e familiares, aliadas a escassas políticas públicas e ao titubeio jurisprudencial na análise de limites e de responsabilidades por aquela tutela, fazem eclodir uma premente necessidade de se revisitarem conceitos jurídicos como os da liberdade, igualdade, privacidade, intimidade e informação, dentre outros.

Essa revisitação é necessária para adequar tais conceitos jurídicos ao novo *ethos* tecido pela necessidade de integração das pessoas com deficiência mental, a fim de se viabilizar a efetividade da tutela jurídica e jurisdicional aos direitos da personalidade também àquelas pessoas.

CONCLUSÃO

A inclusão social das pessoas com deficiência mental, mais no Brasil do que em Portugal, está longe de ser uma realidade, ainda que os sistemas jurídicos dos dois Estados tenham editado normas voltadas a garantir a proteção social dessa que é uma considerável parcela da população desses países.

O contato entre pessoas com e sem deficiência, ampliado nas últimas décadas desde a quebra do modelo do asilamento[60], faz surgir o questionamento quanto ao histórico de exclusão – em especial das pessoas com deficiência mental, voltado à construção de uma sociedade mais consciente da necessidade de solidariedade e de justiça.

---

[60] Modelo, como visto, ainda não esgotado.

Das maldições imprecadas contra os diferentes, porque pessoas com deficiência mental (presentes até o período medievo) à percepção da dignidade humana, a História tem mostrado a que as tutelas, jurídica e jurisdicional, internacionais e nacionais, hoje fundamentais para a proteção dessas pessoas vulneráveis, ainda não atingiram seus objetivos.

Apenas quando houver uma transformação cultural e atitudinal da sociedade em relação à compreensão das deficiências e dos diferentes potenciais das pessoas com deficiência mental para a inclusão social, ter-se-á a superação dos preconceitos excludentes daquelas pessoas. Essa transformação, voltada a se atingir a igualdade de oportunidades para todas as pessoas, exige, mais do que legislação, políticas públicas específicas à realidade das pessoas com deficiência mental.

Tais políticas, por seu turno, só serão dotadas de efetividade se considerarem as profundas desigualdades socioeconômicas existentes nas populações portuguesa e brasileira, que levam os mais miseráveis a vivenciarem, ainda no Século XXI, os horrores das correntes e cordas como única saída para contenção das pessoas com deficiência mental e para a sobrevivência da família que necessita abandoná-los para poder trabalhar e, assim, sustentá-las, à míngua da tutela efetiva do Estado.

Esse quadro subumano só é apresentado à parcela da população mais dotada de recursos, a quem é possível o tratamento das pessoas com deficiência mental em clínicas particulares, em noticiários policiais, sem reflexão e perquirição das suas causas.

Por diferentes caminhos, Portugal e Brasil desenvolveram normas tutelares das pessoas com deficiência mental, e se encontram em estágios distintos, ainda que carentes de aperfeiçoamento.

A História parece apontar que esses diversos estágios, têm um ponto em comum: serem reflexos de países que cresceram e se desenvolveram alienados ao conceito de inclusão.

A análise da linha de tempo dos instrumentos jurídicos voltados à proteção das pessoas com deficiência mental, dos dois países, permitindo o incremento da produção científica e o aprimoramento do sistema jurídico no que diz respeito ao tema nestes primórdios do século XXI, mostra que a efetividade da proteção aos direitos da personalidade, na contemporaneidade, depende da quebra de paradigmas jurídicos e de normatização

viabilizadora do respeito à dignidade das pessoas com deficiência mental que inclua políticas públicas adequadas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

ALMEIDA, José Miguel Caldas de. Apresentação da edição portuguesa de *Social Inclusion of People with Mental Illness. In* LEFF, Julian. WANER, Richard. Inclusão social de pessoas com doenças mentais .trad. Ana Paula Lopes. Coimbra: Almedina

ARAÚJO, António. Cidadãos portadores de deficiência. O seu lugar na Constituição da República. Coimbra: Coimbra, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. V. I. Introdução, as Pessoas, os Bens. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BORDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. *In* O poder simbólico. 2. Ed., Rio: Bertrand Brasil, 1998.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. (coord.) Discriminação: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

CARVALHO, Erenice Natália Soares de; MACIEL, Diva Maria M. de A. Nova Concepção de deficiência mental segundo a *American Association on Mental Retardation* – AAMR: sistema 2002. *Temas em Psicologia da SBP*, v. 11, n. 2 Brasília: SBP, 2003.

CODATO, Adriano; LEITE, Fernando. Classe Social. *In* ALMEIDA, Heloisa Buarque de. SZAWKO, José. (org.). Diferenças, igualdade. São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009.

COELHO, Luísa; COELHO, Rui. Impacto psicossocial da deficiência mental. Revista Portuguesa de Psicossomática. v. 3, n. 1, jan./jun. Porto: RPP, 2001

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos huma**nos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideologia. Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e Perspectivas. *Revista Brasileira de Epidemiologia.* v. 8, n. 2, p. 187-193, jun. São Paulo: RBE, 2005

FERNANDEZ, Euzébio. Anuário de derechos humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos da Universidad Complutense de Madrid, 1981.

FOUCAULT, Michel. A História da Loucura na Idade Clássica. São Paulo: Perspectiva, 1991.

FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A participação das minorias nos processos de tomada de decisões. Trad. de Fábio Cesar dos Santos Oliveira. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

KIMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos em materia de derechos económicos, sociales y culturales. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

LOBO, Lilia F. Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro: UFF, 1997.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Método, 2000.

NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. *In* BALDI, César Augusto. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio: Renovar, 2004.

OTERO, Cleber Sanfelici. Inclusão social da minoria indígena: a luta pela terra e o direito de tratamento diferenciado dos índios da etnia kaungáng da terra indígena Apucaraninha. *In* LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. (coord.) Constituição e inclusão social. Bauru: EDITE, 2007

PUSSETTI, Chiara. Identidades em crise: imigrantes, emoções e saúde mental em Portugal. v.19, n.1 *Saude soc.* [online]. Coimbra: 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. *In* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio: Lúmen Júris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. La discriminación indirecta por razón de sexo. *In* RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer.Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.