



Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña

Vol. 27 (2023), pp. 105-133

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2023.27.0.9800>

**OS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS COM DISCAPACIDADES:
SEJAMOS REALISTAS, EXIJAMOS O (IM)POSSÍVEL ***
**THE HUMAN RIGHTS OF CHILDREN WITH DISABILITIES: BE REALISTIC,
DEMAND THE (IM)POSSIBLE**

JOAQUIM CORREIA GOMES

*Doutorando em Direito em Filosofia do Direito na Universidade da Coruña
Juiz Desembargador, Tribunal da Relação do Porto
<https://orcid.org/0009-0005-7112-809X>*

Recibido: 29/06/2023

Aceptado: 01/12/2023

Resumo: Os direitos humanos das crianças com discapacidades estão numa zona cinzenta, entre o seu reconhecimento e a sua inexistência, sendo o objetivo deste ensaio apresentar os fundamentos jus-filosóficos para a sua sustentabilidade. Para o efeito refletimos sobre as distintas teorias dos direitos subjetivos e o seu impacto no contexto da infância, predominantemente marcadas pelo individualismo jurídico. Na teoria dos contra-direitos (*Gegenrechte Theorie*) encontramos a mais sustentável crítica à perspetiva tradicional dos direitos subjetivos, que se move entre a vontade e os interesses. Por último, sustentamos os direitos das crianças como direitos de cidadania para a sua emancipação e expomos a normatividade contemporânea dos direitos das crianças com discapacidades, que evoluiu do modelo médico (CDC-1989) para o modelo de direitos (CDPD-2006).

Palavras-chave: Crianças com discapacidades. Direitos humanos. Direitos subjetivos. Teoria dos direitos.

Abstract: The human rights of children with disabilities are in a grey zone, between their recognition and their non-existence, and the goal of this essay is present a jus-philosophical foundations for their sustainability. For this purpose, we reflect on the different theories of subjective rights and their impact on the context of childhood, predominantly marked by legal individualism. In the theory of counter rights (*Gegenrechte Theorie*) we find the most sustainable critique of the traditional perspective of subjective rights, which moves between

* Agradeço ao Senhor Professor José Antonio Seoane os seus preciosos comentários e o debate propiciado por este texto, mas as posições aqui assumidas apenas responsabilizam o seu autor.

the will and the interests. Finally, we support children's rights as citizenship rights and expose the contemporary normativity of rights for children with disabilities, which has evolved from the medical model (CRC-1989) to the rights model (CRPD-2006).

Keywords: Children with Disabilities. Human rights. Subjective rights. Theory of rights.

Sumário: **I. INTRODUÇÃO E PLANEAMENTO II. OS DIREITOS INEXISTENTES DAS CRIANÇAS** 1. As doutrinas tradicionais da minoridade e a sua crítica 2. As doutrinas contemporâneas ortodoxas e o poker dos direitos **III. A GENEALOGIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS** 1. As teorias dos direitos subjetivos 2. As teorias dos direitos no contexto da infância 3. O direito a ter contra-direitos **IV. OS CAMINHOS PARA OS DIREITOS DE CIDADANIA NA MENORIDADE V. A PLATAFORMA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS COM DISCAPACIDADES VI. RECAPITULAÇÃO E CONCLUSÕES. VII. BIBLIOGRAFIA.**

* * *

I. INTRODUÇÃO E PLANEAMENTO

A Convenção dos Direitos das Crianças (CDC - 1989) foi o primeiro marco normativo para o reconhecimento dos direitos humanos das crianças com incapacidades, seguindo-se posteriormente a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD - 2006)¹, desbravando novos horizontes para os direitos humanos no contexto da incapacidade (deficiência + barreiras sociais). No entanto, não teve o propósito de gerar novos direitos, mas antes conferir consistência aos direitos humanos das pessoas com incapacidades, propiciando-lhes visibilidade e efetividade². Mas também veio conferir uma renovada vitalidade, de tal modo que começou a ser referenciado como um novo paradigma dos direitos humanos, surgindo como *universalia iuris materialis*, mediante o qual se pretende estabelecer um caminho sustentável entre esses direitos e as necessidades individuais propiciadas pelas incapacidades e não apenas pela deficiência³.

As teorias dos direitos humanos dirigidas à infância têm predominantemente assumido uma certa perspectiva de *adultismo*, partindo de um standard moral e político baseado na

¹ CORREIA GOMES, Joaquim, «Preâmbulo», *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário* (CORREIA GOMES, Joaquim; NETO, Luísa; TÁVORA VÍTOR, Paula, Coord.), INCM, Lisboa, 2020, pág. 29 apresenta-se crítico da tradução oficializada para português, considerando como mais adequada a designação *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Incapacidades (Convention on Rights of Persons with disabilities)*.

² QUINN, Gerard, «Disability and Human Rights: A New Field in the United Nations», *International Protection of Human Rights: A Textbook* (KRAUSE, C.; SCHEININ, M., Edited by), Åbo Akademi University, Turku, 2009, pág. 255; DEGENER, Theresia, «Disability in a Human Rights Context», *Laws*, n.º 3, Vol. 5, 2016, pág. 15, «A Human Rights Model of Disability», *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights* (BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir, Edited by), Routledge, New York, 2017, pág. 31.

³ STEIN, Michael Ashley, «Disability Human Rights», *California Law Review*, Vol. 95, 2007, pág. 120; SEOANE, José Antonio, «Derechos humanos y discapacidad», *Filosofía Práctica y Derecho – Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correias* (CIANCIARDO, Juan et al, Coordinadores), UNAM, Ciudad de México, 2016, pág. 302; SERIES, Lucy, «Disability and Human Rights», *Routledge Handbook of Disabilities Studies* (WATSON, Nick; VEHMAS, Simo, Edited by) Routledge, London, 2020, pág. 76 refere-se a uma “mudança de paradigma” (*paradigm shift*).

pessoa adulta de autossuficiência e de suprema individualidade⁴. Deste modo, têm colocado sérias e fortes objeções ao reconhecimento de tais direitos relativamente às crianças, atenta a sua menoridade e a correspondente incapacidade para o exercício de direitos. E esta inaptidão jurídica, que vai do recém-nascido ao jovem maduro, exponencia-se quando estão em causa as crianças com discapacidades. Mas afinal como podemos fundamentar que as crianças têm direitos humanos, no sentido de serem titulares de direitos subjetivos? E as crianças com discapacidades, são igualmente sujeitos dos seus direitos ou apenas objetos dos mesmos?

O que se pretende com este ensaio é traçar, mediante uma perspetiva jus-filosófica, o caminho dos direitos humanos das crianças com discapacidades. Para o efeito e após esta introdução, vamos percorrer as teorias que sustentam a inexistência dos direitos das crianças, por serem meramente simbólicos, referenciando as doutrinas tradicionais da menoridade, mas também as críticas a que foram desde logo sujeitas, mencionando depois as teorias contemporâneas restritivas. De seguida, abordamos a genealogia dos direitos subjetivos, realizando uma retrospectiva sobre as suas teorias proeminentes, fazendo a devida incidência no contexto da infância, acompanhando a perspetiva emancipatória dos novos direitos subjetivos, concebendo-os como “contra-direitos”. O reconhecimento dos direitos das crianças tem atravessado distintos momentos e compreensões, para recentemente se afirmarem como direitos de cidadania, sendo imprescindível desenhar o mapa dos direitos das crianças com discapacidades. Por último, recapitulamos e apresentamos as devidas conclusões.

II. OS DIREITOS INEXISTENTES DAS CRIANÇAS

1. As doutrinas tradicionais da menoridade e a sua crítica

A criança nunca foi um referencial consistente de direitos, tanto a nível filosófico, como jurídico, mas quando foi encarada pelos pensadores da antiguidade, esteve geralmente associada a um ser incompleto ou mesmo defeituoso⁵. Tal sucedeu com ARISTÓTELES ao equiparar as crianças com os animais, sustentando que aquelas não “têm o controlo da língua”, para além de que na primeira infância, “em termos intelectuais, não há, nesta fase diferença em relação aos animais”⁶. A criança seria um ser imperfeito, encontrando-se afastada da racionalidade, agindo por impulso e sem consciência dos seus atos, estando até num nível de compreensão inferior ao do escravo, pois se àquela deveriam ser dadas apenas ordens, a este último deviam ser explicadas as respetivas razões.

Os precursores dos ideários iluministas, com as suas metanarrativas da razão e da verdade, mantiveram a ideia negativa da criança. Foi certamente René DESCARTES quem melhor protagonizou esse pensamento, partindo do pressuposto que a criança seria um dos principais obstáculos para se obter o objetivo de veracidade. Daí ter enumerado como um

⁴ DU BOIS, Patterson, *Fire Side Child Study – The art of being fair and kind*, Dodd, Mead and Company, New York, 1903, pág. 34, faz a primeira referência, que conhecemos, sobre *adultismo*. O significado de *adultismo* começou por ser referenciado como a influência dos adultos sobre as crianças, para depois corresponder à dominação dos primeiros sobre os segundos, seja como padrão de conduta social ou cultural, seja como padrão jurídico dominante, conducente a práticas abusivas e discriminatórias.

⁵ YOUNG, Dominique, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002, págs. 9-26; LE GRAND, Vincent, «La naissance de l'enfant dans l'histoire des idées politiques», *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n.º 5, 2006, págs. 11-22.

⁶ ARISTÓTELES, *História dos Animais, Livros I-VI*, INCM, Lisboa, 2006, pág. 193; *História dos Animais, Livros VII-X*, INCM, Lisboa, 2008, pág. 76; *Política* (edição bilingue), Vega, Lisboa, 1998, pág. 97.

dos seus princípios filosóficos, mais precisamente o 71.º, que “A primeira e principal causa dos nossos erros são os preconceitos da nossa infância”⁷. Os tempos da infância seriam reveladores de um estado de inconsciência, em virtude de o espírito estar muito próximo do corpo, proporcionando o domínio da intempestividade, dos desejos, em suma, da irracionalidade. Deste modo, a criança estaria na “gênese de todos os erros”, porquanto as inexactidões dos adultos seriam reminiscências da infância⁸.

No mesmo alinhamento encontramos Thomas HOBBS, o qual começa por reconhecer que os animais de um ano chegam a ter mais prudência que as crianças de dez anos, acrescentando que as crianças até fazerem uso da linguagem não são dotadas de razão, sendo apenas designadas de seres racionais pela possibilidade “de terem o uso da razão na sua devida altura”⁹. Mas foi mais eloquente quando sustentou que “A lei não se aplica aos débeis naturais, às crianças e aos loucos, tal como não se aplica aos animais, nem podem eles ser classificados como justos ou injustos, pois nunca tiveram capacidade para fazer qualquer pacto ou para compreender as consequências do mesmo, portanto nunca aceitaram autorizar as ações do Soberano, ...”¹⁰. Este preconceito relativamente aos seres humanos destituídos de razão, que surge como uma autêntica *associatio idearum*, pois tanto correspondem a maturadas ideações como a meros instantâneos de opinião corrente, vão marcar o pensamento da modernidade.

Mesmo para John LOCKE, que dedicou algumas passagens ao poder paternal, distinguindo-o do poder político, as crianças caracterizam-se pela sua ignorância, integrando-as na classificação de “infância ignorante” (*ignorant nonage*), enquanto os adultos, o que sucedia quando se atingia os 21 anos, já pertenciam à “idade da discricção” (*age of discretion*)¹¹. O poder paternal seria uma “ajuda para a fraqueza e imperfeição da sua “infância ignorante”, a disciplina necessária para a sua educação”. Muito embora reconhecesse que as crianças teriam direitos inalienáveis, os mesmos projetavam-se nos deveres parentais, donde destacava a educação.

A compreensão da criança enquanto sujeito e pessoa com direitos, surgiu com os ideais de plena cidadania veiculados pela corrente republicana do iluminismo. Tal sucedeu com Jean-Jacques ROUSSEAU, o qual teve a lucidez de perspetivar a criança enquanto tal e não como uma pessoa adulta, considerando inapropriado aqueles que “Procuram sempre o homem na criança, sem pensarem no que ele é antes de ser um homem”, sendo assertivo ao sustentar que “Ele não deve ser animal nem homem, mas criança”¹². A sua ideia-chave consistia em conceber a criança como um ser humano com características próprias, numa fase peculiar de crescimento e num estado de permanente aprendizagem, que deve ser incentivado através da educação, da persuasão e não da força, tendo uma racionalidade distinta e peculiar.

⁷ DESCARTES, René, *Les Principes de la philosophie*, Librairie CH. Delagrave, Paris, 1885, págs. 83-85.

⁸ GOUHIER, Henri, *La pensée méthaphysique de Descartes*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1999, pág. 45.

⁹ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1965, págs. 22 e 37.

¹⁰ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, *op. cit.*, pág. 208.

¹¹ LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg, London, 1823, págs. 128, 129, 132.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques «Émile ou de l'Éducation», *Collection Complete des Oeuvres de J.J. Rousseau*, Tome VII, Geneve, 1782, págs. 131, 147, 195, 196.

No mesmo posicionamento encontramos Immanuel KANT, que na sua “Doutrina de Direito” (*Rechtslehre*) com base na análise da declaração francesa de 1789, referiu-se aos “direitos dos progenitores” (*Das Elternrecht*) relativamente aos seus filhos e até à sua emancipação (*emancipatio*)¹³. Nesta construção doutrinária as crianças são consideradas como pessoas, com o “direito originário e inato” (*ursprünglich angebornes recht*) a serem mantidas e sustentadas pelos seus progenitores até serem capazes de o fazer pelos seus próprios meios. A criança, enquanto ser que veio ao mundo “sem o seu consentimento”, não é uma coisa, mediante a qual se possa exercer propriedade, nem pode ser abandonada à sua sorte, sendo antes “um cidadão do mundo” (*ein Weltbürger*). Deste modo, os direitos dos progenitores são simultaneamente autênticos deveres, surgindo uma ideia de poder *versus* dever, a qual passaria pela alimentação, educação e na prestação de cuidados em geral. Este direito foi na ocasião perspectivado como sendo um “direito pessoal de carácter real” (*auf dingliche Art persönlichen Recht*), ou seja, de ter um direito sobre outra pessoa, mas não de o tratar como coisa. O mesmo seria distinto dos direitos reais (*Sachrecht*) e dos direitos pessoais (*persönlichen Recht*), inserindo-se no âmbito mais vasto dos direitos privados (*Privatrecht*), em contraposição com os direitos públicos (*öffentliche Recht*).

Na elaboração da sua filosofia do direito e também através de aditamentos propiciados pelas suas exposições orais, Georg HEGEL fez uma breve referência à criança e ao seu contexto familiar. Para melhor compreendermos a sua teoria de direitos e correndo o risco de sermos ousadamente sintéticos, relembramos que a sua sustentação provinha da ideia do reconhecimento de que todos os seres humanos são livres, tratando-se de uma exigência moral expressa na consciência de cada pessoa de que esta tem a sua liberdade e igualmente direitos. A criança seria um ser humano em potência, naturalmente livre, onde germinavam as faculdades da razão e a sua propensão para a liberdade, como transparece da seguinte passagem: “A criança é humana em si mesma, tem razão apenas em si mesma, é apenas a possibilidade da razão e da liberdade e só assim é livre de acordo com o conceito. O que só por si não está na sua realidade” (§ 10)¹⁴. Daí que as crianças fossem livres em abstrato, mas já não em concreto, vivenciando uma liberdade implícita que seria gradualmente robustecida com a educação da sua consciência. As crianças tinham o direito a ser alimentadas e educadas através do património familiar comum, enquanto o direito dos pais em relação aos seus filhos reside no interesse comum dos cuidados a prestar pela família. Deste modo e em suma, “As crianças são em si livres, e a vida é a existência imediata desta liberdade por si só; não pertencem, portanto, nem aos outros nem aos seus pais como coisas”¹⁵. Na ideia de família da generalidade da corrente republicana iluminista, as crianças não são propriedade dos seus progenitores, não tendo estes um poder de livre-arbítrio e de plena disposição em relação à sua descendência, mas antes um poder-dever de as educar e alimentar até à sua autonomização.

A perspectiva do poder-dever foi retomado por John RAWLS, quando discorreu sobre a sua teoria da justiça, deixando uma breve passagem sobre os direitos das crianças. A propósito convém referir que a sua concepção de justiça partia dos seguintes pressupostos: i)

¹³ KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2017, págs. 124-127 [tradução de José Lamego de *Die Metaphysik der Sitten*, Vol. VI, Akademie Textausgabe, de 1907].

¹⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegel eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, págs. 61-62.

¹⁵ HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts ...*, op. cit., pág. 327, § 175.

cada pessoa tem o direito às liberdades básicas compatíveis com semelhantes liberdades para os outros; ii) as desigualdades são, em regra, arbitrárias, salvo se funcionarem como uma vantagem para todos (ii)¹⁶. Esta perspectiva assentava em três ideias básicas: liberdade, igualdade e compensação dos serviços promotores do bem comum. Muito embora o seu significado de “pessoa” (*person*) fosse propositadamente ambíguo, tinha na sua base os “indivíduos humanos” (*individuals humans*) a quem concedia uma prioridade lógica na prossecução dos seus princípios de justiça. Aquando da reformulação desta teoria da justiça, cuja consistência teórica foi conferindo ao longo dos tempos, veio precisar a sua concepção da sociedade enquanto “sistema justo de cooperação” (*fair system of cooperation*), que teria como seus pilares as ideias de cidadania, mediante cidadãos livres e iguais, e de uma sociedade devidamente ordenada, que não significava apenas uma coordenação de atividades, mas uma cooperação justa, conferindo vantagens racionais aos seus participantes¹⁷. Na explanação da sua ideia de “estrutura básica” (*basic structure*) surge a apologia da existência de direitos e deveres básicos e a necessidade de regular a divisão das vantagens obtidas através da cooperação social. Nessa ocasião sustentou que os direitos parentais são iguais entre os seus titulares, mas são distintos dos direitos da criança, impondo que os primeiros devem respeitar os segundos, dando o exemplo de que os cuidados médicos essenciais das crianças devem ser sempre observados pelos seus pais/mães¹⁸.

A distinção entre direitos parentais e direitos da criança assume uma importância vital na perspectiva jus-filosófica que temos vindo a desenvolver e que começou a ser propiciada pelas doutrinas do contrato social. E isto porque existe uma tendência quase congénita e conservadora em assumir os direitos parentais de modo a absorver ou a neutralizar os direitos da criança. Esta visão conduz que as relações jurídicas parentais continuem a perspetivar as crianças como objetos e não como sujeitos de direitos. Nesta perspectiva de autoritarismo parental, os direitos da criança são uma autêntica figura de estilo, mais precisamente uma metonímia jurídica, alterando o sentido da sua razão de ser. Deste modo a posição de vantagem jurídico-normativa conferida às crianças por um direito específico, passa a ser atribuída aos seus pais/mães. Perante esta perspectiva totalitária dos direitos parentais haverá que contrapor e reconhecer os direitos da criança como autênticos direitos de cidadania, ou melhor, como direitos para a sua emancipação.

2. As doutrinas contemporâneas ortodoxas e o poker dos direitos

A compreensão negativa da menoridade, mormente da sua falta de capacidade e défice de racionalidade, continua a ter repercussões contemporâneas na assimilação jurídica dos direitos da criança. Desde logo, porque a sua justificação moral, política e jurídica tem estado praticamente afastada da discussão contemporânea. A razão de ser dessa ausência assenta essencialmente em três ideias-chaves: i) a responsabilidade parental assume-se vulgarmente como autoridade parental; ii) os filhos pertencem aos seus pais; iii) as crianças não são pessoas adultas, não sendo dotadas da devida racionalidade¹⁹. A partir desta perspectiva de infantilização encontra-se a justificação para uma forte carga de paternalismo moral e legal,

¹⁶ RAWLS, John, «Justice as Fairness», *The Philosophical Review*, n.º 2, Vol. 67, 1958, págs. 165 e 166.

¹⁷ RAWLS, John, *Justice as Fairness – A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, pág. 7.

¹⁸ RAWLS, John, *Justice as Fairness – A Restatement*, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁹ ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M. «Introduction – Philosophical Views of Children: A Brief History», *The Moral and Political Status of Children* (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 1 e 2.

seja como manifestação do poder paternal, seja como expressão das responsabilidades parentais. Por outro lado, quando surgem algumas abordagens teóricas sobre os direitos das crianças, inclusivamente daquelas que poderiam ser mais favoráveis ao seu reconhecimento, como seja a filosofia da educação ou a filosofia moral dos direitos, as mesmas revelam um acentuado “cepticismo” senão mesmo “negacionismo” quanto à sua aceitação como direitos humanos, atenta a sua dimensão subjetiva, como que retomando as leituras tradicionais anteriormente referenciadas.

A *doutrina da autoconsciência* considera que as crianças não são pessoas em sentido estrito, em virtude de não terem consciência dos seus atos, não tendo, por isso, capacidade ou aptidão decisória²⁰. As mesmas têm, no entanto, características para lhes ser concedido no futuro esse estatuto de personalidade. Deste modo, não sendo agentes responsáveis, não são titulares de direitos e deveres. Daí que as questões de eutanásia das crianças severamente incapacitadas e em situação de grande sofrimento, sejam colocadas de modo distinto relativamente aos adultos na mesma condição ou semelhante situação. Por isso, aceita a eutanásia ativa das crianças com severas deformações e cujo prolongamento da vida causaria danos e dores insuportáveis, mediante decisão dos pais, havendo, nestes casos, um dever de não tratamento.

As *doutrinas dos deveres a favor das crianças*, surge primeiro como uma constatação da inépcia das teorias da vontade e dos interesses oferecerem a devida sustentabilidade para fundamentar os direitos das crianças. Para o efeito projeta simetricamente tais direitos como fontes de deveres de condutas de outros, relativamente aos quais as crianças se encontram numa situação de dependência²¹. Este posicionamento foi igualmente perfilhado por quem tem realizado uma construção ética dos direitos humanos, evidenciando preocupações com a existência do seu lado obscuro – leia-se a sua acentuada abstração que conduz à sua falta de concretização. A sua tese central é que a melhor sustentação dos direitos das crianças não passa por considerá-los como reivindicações jurídicas, que caracterizam qualquer direito humano, mas como deveres fundamentais²². E isto porque a existência de um direito implica a presença de uma “esfera de ação” (*sphere of action*) para agentes racionais ou se se preferir para “agentes com autoconsciência” (*agents self-consciousness*). Deste modo, será preferível optar-se por uma perspetiva construtivista dos deveres, sobretudo para quem está numa situação de dependência ou de vulnerabilidade.

A *doutrina do bem-estar das crianças*, inspirada na filosofia da educação para a autonomia da pessoa adulta e juridicamente baseada na teoria dos interesses dos direitos subjetivos, sustenta, em tese, que tais interesses devem estar centrados nas crianças, em detrimento da sua concentração nos adultos²³. A construção desta filosofia é essencialmente dirigida para a maioria da pessoa, muito embora tenha imediatamente como sujeito a pessoa menor²⁴. Daí que a educação seja um contributo essencial para a criação de uma

²⁰ ENGELHARDT JR., H. Tristram, «Ethical Issues in Aiding the Death of Young Children», *Beneficent Euthanasia* (KOHL, Marvin, Edited by), Prometheus Books, Buffalo (New York), 1975, pág. 183.

²¹ GOODIN, Robert E; GIBSON, Diane, «Rights, Young and Old», *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, Vol. 17, 1997, págs. 185, 186.

²² O'NEILL, Onora, «Children's Rights and Children's Lives», *Ethics*, n.º 3, Vol. 98, 1988, pág. 458.

²³ BRIGHOUSE, Harry, «What Rights (If Any) Do Children Have?», *The Moral and Political Status of Children* (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 32.

²⁴ BRIGHOUSE, Harry, *On Education*, Routledge, New York, 2006, págs. 13-74.

pessoa adulta, através dos seguintes propósitos: i) preparar a autonomia, adquirindo juízos de valor; ii) propiciar no futuro a participação económica, alcançando competências de autossuficiência; iii) preparar uma vida florescente, experienciando distintas atividades e saberes; iv) criar cidadãos, através da educação para a democracia, desenvolvendo um sentido de justiça. Como podemos constatar as crianças com acentuadas incapacidades mentais estavam excluídas do universo educacional desta teoria²⁵. Mas a sua teoria dos direitos acaba por desconsiderar as crianças enquanto sujeitos normativos²⁶. Para o efeito sustenta essencialmente que as crianças são extremamente dependentes dos outros para obter o seu bem-estar, assim como profundamente vulneráveis das decisões de terceiros. Porém, têm de modo crescente a capacidade para desenvolver as suas capacidades e definir as suas necessidades. As pessoas com acentuadas incapacidades cognitivas partilham as duas primeiras características, mas já não a terceira. Distinguindo entre direitos de bem-estar e direitos de agência, considera que muito embora as crianças possam e devam ser ouvidas quanto aos primeiros direitos, aceitando para o efeito um escalamento etário, os segundos direitos são inapropriados para as mesmas.

Muito próximo deste último posicionamento, encontramos a *doutrina da personalidade da dignidade humana*, com o seu pilar na “capacidade para a agência normativa” (*capacity for normative agency*), que nega a existência de direitos das crianças durante a infância²⁷. Para o efeito, argumenta-se essencialmente que a designação de direitos humanos deve reservar-se para quem for um “agente normativo” (*normative agent*), ou seja, para quem tiver a capacidade de escolher e prosseguir a sua vida de acordo com as suas perspetivas. Tal não sucede com as crianças, sem prejuízo de lhes serem reconhecidos direitos, de modo faseado e quando revelarem a devida capacidade. Estas leituras apesar de estarem preocupadas com a sua sustentabilidade filosófica, quando confrontados com as declarações internacionais dos direitos das crianças acabam por desconsiderá-las, classificando-as como meros manifestos de “ideais” políticos ou então reconhecendo-lhes meros direitos legais ou, quando muito, uma espécie de direitos humanos²⁸.

Esta controvérsia não é destituída de sentido se tivermos unicamente uma visão individualista dos direitos subjetivos, não só mediante uma perspetiva moral, como através de uma perspetiva jurídica. De acordo com a primeira, podemos constatar que as crianças, especialmente nos seus primeiros anos de vida, não têm a devida vontade para exercer os seus direitos e que, ao longo da infância e mesmo durante a adolescência, os seus interesses nunca são por si determinados, mas sempre pelos adultos, por exemplo pelos seus representantes legais. Através da segunda, as crianças muito embora sejam titulares de direitos (personalidade jurídica), não têm capacidade para os exercer (capacidade jurídica). Deste modo, podemos certamente questionar para que vale ter um direito humano, senão podemos exercê-lo pessoalmente, porquanto as crianças, em regra, apenas podem fazê-lo através de quem as representa. Essa apontada ilusão jurídica emerge mais acentuadamente

²⁵ BRIGHOUSE, Harry, *On Education*, *op. cit.*, pág. 65 faz uma breve referência aos interesses parentais na educação com necessidades especiais.

²⁶ BRIGHOUSE, Harry, «What Rights (If Any) Do Children Have?», *op. cit.*, pág. 40.

²⁷ GRIFFIN, James, «Do Children Have Rights?», *The Moral and Political Status of Children* (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 19-30; *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, págs. 94 e 95.

²⁸ No primeiro sentido O’NEILL, Onora, «Children’s Rights and Children’s Lives», *op. cit.*, pág. 460, nota 18, parte final; no segundo sentido GRIFFIN, James, «Do Children Have Rights?», *op. cit.*, págs. 19 e 27.

quando se trata dos direitos das crianças com incapacidades, designadamente quando estamos perante a diminuição das suas capacidades funcionais a nível mental – para acentuar essa menoridade é vulgar utilizar-se a terminologia de “criança com deficiência mental”.

Assim, não basta existir uma norma de reconhecimento de um direito subjetivo, nomeadamente de um direito humano, identificando-o, de modo abstrato, com um sujeito, quando este, na prática, está impedido de concretizar essa exigência jurídica, estando dependente de terceiros para o seu exercício. Isto significa que os direitos das crianças, mormente daquelas com incapacidades, em vez de serem um “ás de trunfo”, surgem mais como uma “carta de joker”, podendo ser poderosa nalguns casos, mas não ter qualquer valor ou utilidade jurídica noutras situações. Em suma, os direitos das crianças podem gerar um autêntico paradoxo jurídico, porquanto a sua proclamação fica sempre confinada aos mecanismos legais da representação, sendo o desenho legal destes e a correspondente implementação que tanto podem conduzir à sua inércia, como à sua eficácia. Destarte, podemos estar perante um direito subjetivo fictício, artificial ou, se preferirmos, um direito inexistente, apenas revelado pelo imaginário jurídico²⁹.

III. A GENEALOGIA DOS DIREITOS SUBJETIVOS

1. As teorias dos direitos subjetivos

O pedigree dos direitos subjetivos está essencialmente na sua fonte ou se preferirmos na sua razão de ser, mas também se manifesta através da sua titularidade. Para o efeito é relevante perceber como se situam nesse contexto os direitos da criança, especialmente enquanto direitos humanos, o que passa por traçar o seu diagrama genético e a sua evolução no âmbito da teoria dos direitos. A compreensão do que é um direito subjetivo tem sido bastante controvertida, sendo esta, para quem considera tratar-se de “uma afirmação de ordem metafísica” (*une affirmation d’ordre métaphysique*, DUGUIT), a melhor prova de que se trata de uma concepção artificial e precária³⁰.

No entanto, a sua percepção tem estado centrada e dominada pelas teorias da vontade e dos interesses³¹. A primeira teoria tem predominantemente uma raiz voluntarista, persistindo ao longo dos tempos³². O direito subjetivo corresponde à “vontade individual” (*individuellen Willen*, SAVIGNY) ou, para sermos mais precisos, consiste num poder ou numa faculdade atribuída pela ordem jurídica à vontade de um sujeito, conferindo soberania às suas escolhas, manifestando-se como o “poder da vontade ou o domínio da vontade” (*willensmacht oder Willensherrschaft*, WINDSCHEID). E esta *volunta potestas* do sujeito é legalmente admitida através de “pequenas escalas de soberania” (*small scale sovereign*, HART), possibilitando a existência de esferas de ação para que essa vontade seja manifestada,

²⁹ JORI, Mario, *Del diritto inesistente – Saggio di metajurisprudenza descrittiva*, Edizioni ETS, Pisa, 2010, pág. 18, refere-se ao “immaginario collettivo”.

³⁰ DUGUIT, Léon, *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, págs. 11 e 13.

³¹ Para uma sùmula histórica e doutrinal da ideia de direito subjetivo veja-se DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008, págs. 55-80; FALCÓN Y TELLA, Maria José, *A Three-dimensional Theory of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, págs. 324-333.

³² SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Veit, Berlin, 1840, pág. 333; WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I Band, Rütten & Loening, Frankfurt, 1887, § 37, pág. 98; HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham – Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, págs. 183 e 184.

impondo os correspondentes deveres. A segunda teoria tem um recorte de raiz finalista e ultimamente tem tido uma maior adesão³³. O direito subjetivo surge como um “interesse juridicamente protegido” (*rechtlich geschützte Interessen*, JHERING), concedido à iniciativa do seu sujeito, sendo-lhe conferida a correspondente tutela e eficácia. Tratando-se de direitos fundamentais esse “interesse é considerado como um valor supremo” (*interest is considered to be of ultimate value*, RAZ). Deste modo, a função do direito subjetivo consiste exclusivamente em promover os interesses dos seus titulares. O mesmo estrutura-se através de um elemento interno ou substantivo (finalidade prática do direito), produzindo utilidades ou vantagens, e de um elemento externo ou formal (meio de concretização), de modo a propiciar a sua execução.

Têm surgido outros posicionamentos, que tanto podem aproximar-se de uma das posições anteriores, como propiciar uma *via per mezzo* ou mesmo alternativa, merecendo ser destacadas, ainda que muito sucintamente, três dessas doutrinas. A teoria da proteção sustentada por AUGUST THON foi um desses primeiros caminhos, sustentando que “o direito não é um interesse que está protegido, mas o próprio meio para proteger um interesse”³⁴. Mediante este prisma a finalidade do direito subjetivo não entra na determinação do seu conceito, sendo momentos distintos. Deste modo, podem ocorrer situações em que existe um direito subjetivo, mas em que o sujeito está juridicamente incapacitado de manifestar a sua vontade ou tem de facto uma capacidade diminuída. A teoria da representação avançada por JELLINEK, também considerada como mista, veio afirmar que o direito subjetivo corresponde ao “poder da vontade” (*Willensmacht*), enquanto elemento formal, dirigido para “um bem ou interesse” (*das Gut oder Interesse*), o seu elemento material, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica³⁵. Tais direitos, como os correspondentes deveres, acabariam por ser representações legais, mediante os quais concretizar-se-ia a ordem jurídica. A sua aparência legal assumia-se através de direitos subjetivos públicos, nas relações entre os sujeitos e o Estado, assim como mediante direitos subjetivos privados, no âmbito das relações intersubjetivas. O critério diferenciador entre a natureza pública e privada do direito subjetivo adviria da acentuação conferida, segundo a ordem indicada, à pretensão jurídica ou à capacidade jurídica (critério formal) ou aos interesses predominantemente coletivos ou individuais (critério substancial). A teoria da posição jurídica inicialmente sugerida por KELSEN e depois acompanhada por ROSS, foi a mais radical alternativa aos dois posicionamentos dominantes. O primeiro sustentou que “o direito subjetivo é um poder legal” (*Das subjektive Rechts als Rechtsmacht*), enquanto o segundo referenciou tratar-se de “um conceito da lei positiva” (*a concept of positive law*)³⁶. Neste alinhamento a essência do direito subjetivo reside na atribuição de um poder jurídico através de uma norma legal, que pode deferir essa autoridade por via contratual, colocando o sujeito numa posição de manifestar a sua vontade e defender os seus interesses. Deste modo, o direito subjetivo legalmente reconhecido confere ao seu titular o poder jurídico de intervir, seja na ordem

³³ JHERING, Rudolph von, *Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1877, § 60, pág. 327; RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988, pág. 192.

³⁴ THON, August, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878, pág. 219 (“Ein Recht ist nicht ein Interesse, das geschützt wird, sonder selbst das Schutzmittel eines Interesses”).

³⁵ JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905, pág. 45.

³⁶ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, Wien 1992, pág. 139; ROSS, Alf, *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Ltd, New Jersey, 2004, pág. 248.

jurídica em geral, seja numa relação jurídica em particular. Esse direito pode surgir como o reflexo de um dever jurídico ou então obstar ao cumprimento desse dever.

2. As teorias dos direitos no contexto da infância

Na transposição destas doutrinas para o domínio dos direitos das crianças, foi a teoria da vontade aquela que ficou mais exposta às críticas, revelando indisfarçáveis fendas. A mais relevante incidiu sobre a característica da universalidade dos direitos, porquanto quem não tivesse a devida aptidão para manifestar ou fosse destituído de vontade não seria sujeito de direitos subjetivos, como seria o caso dos menores – o mesmo sucedia com as pessoas com capacidades cognitivas ou mentais diminuídas. Estas críticas levaram desde logo à reformulação das primeiras teorias da vontade, passando a sustentar-se que a vontade expressa no direito subjetivo não seria a vontade individual do seu titular, mas a vontade da ordem jurídica em atribuir ao sujeito esse direito³⁷. Posteriormente, considerou-se que tais direitos subjetivos acabam por se manter na esfera dos seus titulares (crianças ou qualquer pessoa que não seja *sui juris*) e não dos seus representantes legais, limitando-se estes a exercê-los e mediante a fiscalização dos tribunais³⁸. Estes ajustamentos surgiram como um “haraquíri” da doutrina da vontade, já que esta perdia o cerne da sua sustentabilidade, porquanto passou a ofuscar a vontade individual.

A tese dos interesses apesar de referenciar a sustentabilidade moral e legal dos direitos das crianças, acaba por colocar estes – assim como os direitos dos “mentalmente incapazes” – no campo das exceções³⁹. Assim, os seus direitos, aos quais estão subjacentes certos e específicos interesses, podem ou não ter reflexo nos deveres de outros, mais precisamente dos seus responsáveis ou encarregados, atenta a existência de certas responsabilidades estaduais, designadamente ao nível da educação ou de assegurar a prestação de cuidados de saúde. As responsabilidades parentais na promoção dos direitos das crianças sempre seriam uma primeira instância para assegurar tais interesses, sendo um nítido caso de “substituted performance of a duty”. Apesar da melhor sustentabilidade desta última tese a mesma não deixa de ter as suas inconsistências. Desde logo quanto à titularidade dos direitos das crianças, porquanto estas acabavam por ser mais beneficiárias do que titulares, em virtude dos seus interesses não serem por si definidos, enquanto sujeitos ativos, mas antes por quem tem o correspondente dever, os sujeitos passivos. A outra fragilidade ocorre quando existe um conflito de interesses entre a criança e os seus representantes legais. Sempre que tal acontece, estes últimos não têm a isenção bastante para assegurar os direitos daqueles outros⁴⁰. Deste modo e seguindo qualquer uma destas teorias dominantes, os direitos das crianças ficam sempre vinculados à vontade ou aos interesses dos seus representantes legais, sendo amplamente suscetíveis de ser manipulados por estes últimos.

As teorias contemporâneas da vontade ou dos interesses acabam por entrar num *circulus vitiosus*, cuja preocupação centra-se em rebater a tese oposta e não conseguem ou

³⁷ WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 37, *op. cit.* pág. 99, nota 3.

³⁸ HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham ...*, *op. cit.*, pág. 184, nota 86.

³⁹ MACCORMICK, Neil, «Children’s Rights: A test-case for theories of rights», in *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon-Press, Oxford, 1982, págs. 154-166.

⁴⁰ ROSS, Hamish, «Children’s Rights and Theories of Rights», *International Journal of Children’s Rights*, n.º 4, Vol. 21, 2013, págs. 701-703; LAUFER-UKELLES, Pamela, «The Relational Rights of Children», in *Connecticut Law Review*, n.º 3, Vol. 43, 2016, pág. 741 sustenta essa crítica ao “best interests standard”, considerando-o amorfo, sujeito a conflitos internos e a manipulação.

têm alguma dificuldade em explicitar o direito subjetivo para além da sua dimensão essencialmente individualista⁴¹. Nessa medida, acabam por descuar quatro vertentes. A primeira, é que o registo normativo de um direito subjetivo se dirige à vontade pessoal e aos interesses juridicamente protegidos, sendo o seu exercício uma simbiose destas vertentes, podendo até acentuar-se uma ou outra, mas de modo a preservar o seu conteúdo normativo. No entanto, tanto essa vontade, como esses interesses não são ilimitados ou arbitrários, de que é exemplo o instituto do abuso do direito. A segunda, decorre de o direito subjetivo ter como seu propósito essencial propiciar uma situação vantajosa, porquanto mediante o seu exercício obtém-se um certo benefício. Mas para o efeito, o seu titular pode ter a colaboração de outros sujeitos, podendo instituir-se medidas de apoio, como sucede com as pessoas com incapacidades. A terceira, resulta da dimensão institucional do direito subjetivo, em virtude de a sua proclamação normativa gerar expectativas para a sua realização, propiciando que seja juridicamente exigível e impondo plataformas para a sua concretização. A quarta, advém da visão estritamente individualista do direito subjetivo, que começou a ser abalada com o reconhecimento crescente da sua dimensão objetiva. Mas continua a descuidar outras vertentes, como seja os contextos de vulnerabilidade em que podem estar inseridos os sujeitos titulares de direitos, de que são exemplo os designados “grupos minoritários”, onde se incluem as crianças em geral e as crianças com incapacidades em particular⁴².

3. O direito a ter contra-direitos

A mais recente crítica à ortodoxia da teoria dos direitos começa por constatar que os direitos subjetivos surgidos com o iluminismo foram essencialmente construídos com base numa ideia de “auto-vontade privada” ou se preferirmos de autonomia privada, que, por sua vez, assentava na capacidade racional dos sujeitos de direito, pois apenas estes podiam ser titulares de direitos subjetivos⁴³. As doutrinas do contrato social expressam bem esse individualismo, porquanto as mesmas têm como seu padrão um arquétipo de pessoa construído em bases estritamente racionais, sendo este o critério identificador e diferenciador do ser humano enquanto titular de plenos direitos. Deste modo, os seres humanos diminuídos ou destituídos de razão não teriam a devida capacidade para exercer direitos, em virtude de não terem o grau de discernimento necessário para se autogovernarem de modo refletido e responsável⁴⁴. Assim, ao proclamarem-se direitos aos distintos grupos sociais dos excluídos os mesmos começam a revelar-se como “novos direitos”, os quais assumem uma função emancipatória, podendo até manifestar-se como “o direito ao contra-direito” (*Das Recht der Gegenrechte*) – temos aqui uma continuidade do pensamento de Hannah Arendt quando esta

⁴¹ SPECTOR, Horacio, «Value Pluralism and the Two Concepts of Rights» in *Rights: Concepts and Contexts* (BIX, Brian H.; SPECTOR, Horacio, Edited by), Routledge, New York, 2016, págs. 115-134.

⁴² HERI, Corina, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-Treatment and the ECtHR*, Hart Publishing, Dublin, 2021, págs. 153-155.

⁴³ MENKE, Christoph, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015, págs. 372-373, 388 e ainda em *Critique of Rights*, Polity Press, Cambridge, 2020, págs. 269-270, 281. Para uma visão desta perspectiva veja-se FISCHER-LESCANO, Andreas; FRANZKI, Hannah; HORST, Johan, «Einleitung», in *Gegenrechte – Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, págs. 1-12.

⁴⁴ NUSSBAUM, Martha Craven, «Beyond the Social Contract: Toward Global Justice», in *The Tanner Lectures on Human Values 24* (PETERSON, Grethe B., Edited by), University of Utah Press, Salt Lake City, 2004, págs. 413-507; *Frontiers of Justice — Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Harvard, 2007, págs. 98, 108 e 135; SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London, 2009, págs. 260-261. Seguimos o que já tínhamos deixado escrito em «Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: Um apelo aos direitos», *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, págs. 119-120.

pronunciou “o direito a ter direitos”⁴⁵. Tal posicionamento alicerça-se através de três dimensões, a saber: comunicativa, coletiva e institucional. E sistematiza-se através da sua funcionalidade e pluralidade jurídicas. No entanto, convém precisar, esta teoria crítica dos direitos não pretende anular ou ofuscar a individualidade dos direitos subjetivos, mas revelar a sua trans-subjetividade, estando tais dimensões umbilicalmente conexas. Deste modo, o seu propósito é criar meios que reforcem os direitos subjetivos, fortificando a sua funcionalidade e potenciando a sua exequibilidade.

Os direitos humanos das crianças são uma manifestação clara de um “novo direito” que surge, desde logo, em tensão com o poder paternal ou as responsabilidades parentais. E relativamente às crianças com incapacidade essa novidade surge reforçada pelos direitos humanos da incapacidade, os quais conflituam com a perspectiva unicamente reabilitadora possibilitada pelos “direitos dos deficientes”, enquanto concessão paternalista das “pessoas normais”. Esta crescente tensão entre os “novos direitos” das crianças, por um lado, e os “tradicionais direitos” dos seus representantes legais, por outro lado, permite perceber melhor que os direitos de uns e de outros são diferenciados, como podem ser as suas vontades e interesses. Mas não nos podemos esquecer que o direito subjetivo é sempre uma “fonte de poder” (*Machtquelle*)⁴⁶, consagrando normas juridicamente prescritivas, enunciando o que é essencialmente válido e correto. E como a autonomia da criança é tendencialmente crescente, permite que, de modo gradual, as medidas jurídicas de substituição, como sucede com a representação legal, sejam gradualmente comutadas por medidas jurídicas de apoio, construindo na prática e de modo evolutivo o exercício dos seus direitos. Por sua vez, a perspectiva dos direitos das crianças com incapacidades como “novos direitos” ou mesmo como “contra-direitos”, permite reforçar, de um modo ainda mais claro, que as suas necessidades humanas e os seus direitos são distintos dos seus representantes legais. Naturalmente, que a situação de dependência das crianças com incapacidades gera uma dupla vulnerabilidade, podendo até acentuar-se com o tempo ou ser tendencialmente permanente. Mas esses acontecimentos, apenas conduzem ao reforço das medidas de apoio e não à eliminação dos seus direitos. Tanto mais que a autonomia é relacional e não uma expressão de autossuficiência, sendo subjetivamente dinâmica e não estática, bem como objetivamente diferenciada e não um padrão de unicidade. Isto não significa que os direitos da criança estejam sempre em confronto com os direitos parentais, num conflito estilo “revolução permanente”, mas que coexistem de um modo relacional, sendo esta a característica apontada pela doutrina dos direitos relacionais da criança⁴⁷. Deste modo, os direitos das crianças, com ou sem incapacidades, são tendencialmente uma *fonte de poder jurídico emancipatório e evolutivo*.

⁴⁵ ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Penguin Books, London, 2017, pág. 390 no sentido de “o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo a pertencer à humanidade, deve ser garantido pela própria humanidade”, sendo nossa a tradução.

⁴⁶ WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Besorgt von Johannes Winkelmann, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1980, pág. 398.

⁴⁷ NEDELSKY, Jennifer, «Reconceiving Rights as Relationship», in *Review of Constitutional Studies*, Vol. 1, n.º 1, 1993, págs. 1-26, partindo de uma crítica ao individualismo, sustenta a perspectiva dos direitos como relações estruturantes (“rights as structuring relationships”), posteriormente desenvolvido em *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, págs. 74-76; 236-237. LAUFER-UKELLES, Pamela em «The Relational Rights of Children», *op. cit.*, transpõe esta teoria para os direitos relacionais da criança.

IV. OS CAMINHOS PARA OS DIREITOS DE CIDADANIA NA MENORIDADE

A Revolução Industrial e as condições de trabalho proporcionadas às crianças em geral, associado ao desprezo que era conferido à sua educação, gerou uma realidade incontornável, que a literatura teve a arte de descrever⁴⁸. Tais condições de quase escravatura estão na gênese das primeiras legislações nacionais que pretenderam salvaguardar as crianças dessa brutalidade a que estavam sujeitas, assim como a incentivar a sua educação, mas sempre mediante a filosofia de um modelo jurídico de proteção⁴⁹. A propósito destacamos a legislação surgida no decurso do século XIX no Reino Unido e em França⁵⁰. Num primeiro momento tiveram como propósito proteger a criança trabalhadora nas fábricas e nas minas, impondo limites de idade e balizas aos horários de trabalho. Num segundo momento começaram por instituir as bases para obstar aos maus-tratos que lhes eram causados no seio da família. A nível doutrinário despontaram os primeiros ensaios, com inspiração na filosofia da educação⁵¹. Por sua vez, temos ainda de contar com o impacto devastador provocado pela I Guerra Mundial (1914 – 1918) e as suas nefastas repercussões nas crianças, seja a nível pessoal, incluindo o familiar, como social, muitas delas sujeitas a uma situação de abandono, em virtude de terem sido deslocadas ou ficado órfãs. Tal propiciou o despontar de movimentos associativos de apoio, de que é exemplo o *Save the Children Fund* (1920) e mais tarde o *Save the Children International Union* (1920). Entretanto na Rússia Bolchevique de 1917 surgiu, no âmbito da *Detskii Proletkult* (cultura proletária das crianças), uma proposta de “Declaração dos Direitos da Criança”, que não chegou a ter qualquer êxito⁵². Todo este contexto vai estar na antecâmara do esboço final do primeiro manifesto internacional elaborado por Eglantine Jebb, uma das fundadoras das referidas associações de crianças, dando origem à Declaração de Genebra dos Direitos da Criança (1923), posteriormente aprovada na sessão da Liga das Nações em 26 de setembro de 1924⁵³. Esta declaração é composta apenas por cinco (5) princípios, os quais surgem como deveres impostos aos

⁴⁸ A mero título de exemplo indicamos CHARLES DICKENS a sua obra *Oliver Twist* (1838), onde descreve as condições precárias das “crianças de rua”, e de JULES VALLÈS o seu livro *L'enfant* (1879) em que faz uma apologia dos direitos das crianças, ficando célebre a seguinte passagem: “Je défendrai les droits de l'enfant, comme d'autres les droits de l'homme”.

⁴⁹ VIGARELLO, Georges, «L'intolérable de la maltraitance infantile. Génèse de la loi sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés en France», in *Les Constructions de L'intolérable* (BOURDELAIS, Patrice; FASSIN, Didier, Direction), La Découvert, Paris, 2005, págs. 111-127; FIORENTINO, Karen, «Protéger L'enfant ouvrier. La Loi du mai 1874, une “législation intermédiaire”?», *Révue historique*, N.º 682 (2), 2017, págs. 327-357.

⁵⁰ No Reino Unido: *Factory Health and Morals Act 1802; Cotton Mills and Factories Act 1819; Cotton Mills Regulation Act 1825; Factory Act (Althorp's Act) 1833; Graham's Factory Act 1844; Graham's Factory Act 1844*. Na França: *Loi du 22 mars 1841 relative au travail dans les manufactures, usines ou ateliers; Loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie; Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*.

⁵¹ Nos primeiros ensaios veja-se WIGGIN, Kate Douglas, *Children's Rights – A Book of Nursery Logic*, The Riverside Press, Cambridge, 1892; KEY, Ellen, *The century of the Child*, The Knickerbocker Press, London, 1909.

⁵² MALLY, Lynn, *Culture of the Future: The Proletkult Movement in Revolutionary Russia*, University of California Press, Berkeley, 1990, págs. 180/181, refere-se a esta “Declaração dos Direitos da Criança” como uma agenda política do movimento *Proletkult* (abreviação de *Proletarskaya Kultura*), cujo objetivo era instituir uma nova ordem cultural, surgido no início da Revolução Russa de outubro de 1917 e que era independente do Partido Bolchevique.

⁵³ MORIER, Andrée, «The Declaration of the Rights of the Child», in *International Review of the Red Cross*, n.º 26, 1963, págs. 227-233.

“homens e mulheres de todas as nações”⁵⁴. Estava lançada a gênese multidimensional e transnacional dos direitos da criança, que vai marcar a sua normatividade para o futuro⁵⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), surgida após a II Guerra Mundial (1939-1945), veio expressar o consenso universal de que cada pessoa é um sujeito de direitos a nível global. O seu primeiro considerando marca genética e indelevelmente o seu projeto, fundando-o na “dignidade inerente a todos os membros da família humana” e a base normativa constante no artigo 1.º começa desde logo por afirmar que “Todos os seres humanos nascem livre e iguais em dignidade e direitos”. Numa perspetiva de proteção dessa dignidade, o artigo 25.º, n.º 1 da DUDH veio estatuir que qualquer pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde e bem-estar, assim como o direito à segurança na “invalidez” (“disability”). Dos trabalhos preparatórios podemos constatar que o seu esboço inicial correspondia a uma “cláusula chapéu” bastante ampla, incorporando, entre outros, o direito à segurança social e o direito a um standard adequado de vida, que vieram a desagregar-se, passando aquele a estar previsto no artigo 22.º e este no artigo 25.º, n.º 1, ambos da DUDH⁵⁶. Por sua vez, o artigo 25.º, n.º 2 estabelece que a infância – como a maternidade – tem direito a ajuda e a assistência especiais. Da referenciada fragmentação e do espectro normativo deste artigo 25.º da DUDH, podemos visionar o início de uma vocação dos direitos humanos para certos grupos sociais em situações de maior vulnerabilidade, como são as crianças e nestas aquelas que apresentam capacidades disfuncionais, com origem na deficiência, mas que são amplificadas pelas barreiras sociais, ambientais e culturais.

As Nações Unidas ao instituir em 1954 o Dia Mundial da Criança, assumiram no introito da respetiva Resolução 836 (IX) que as suas “obrigações ... para com as gerações seguintes só podem ser cumpridas através de esforços acrescidos em nome das crianças do mundo, que são os cidadãos de amanhã, e que a observância mundial de um Dia da Criança contribuiria para a solidariedade humana e a cooperação entre as nações” (§ 1.º). Esta recomendação teve o propósito de chamar a atenção para as condições sociais e políticas da criança e de promover os seus direitos, perseguindo os objetivos da Carta das Nações Unidas de 1945, assim como a DUDH de 1948. No entanto, não deixou de fazer uma insuspeita referência às crianças como os “cidadãos de amanhã” (*the citizens of tomorrow*). Isto significa simplesmente que as crianças não são “cidadãos de hoje” e como tal, não têm direitos de cidadania. Esta ideia vai marcar toda a filosofia fundacional dos direitos das

⁵⁴ Numa tradução nossa: “1. A criança deve receber os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritualmente; 2. A criança com fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser cuidada; a criança atrasada deve ser ajudada; a criança delinvente deve ser recuperada; e a órfã e a abandonada deve ser acolhida e socorrida 3. A criança tem de ser a primeira a receber assistência em caso de perigo; 4. A criança deve ser colocada em posição de ganhar a vida e deve ser protegida contra todas as formas de exploração; 5. A criança deve ser educada na consciência de que os seus talentos devem ser dedicados ao serviço dos demais homens”.

⁵⁵ DROUX, Joëlle, «L'internationalisation de la protection de l'enfance: Acteurs, Concurrences et Projets Transnationaux», in *Critique internationale*, n.º 3, Vol. 52, 2011, págs. 17-33; MOODY, Zoe, «La Déclaration des Nations unies aux Droits de l'enfant (1959): genèse, transformation et circulation d'un traité (re)fondateur d'une cause transnationale», in *Globalisation des Mondes de L'éducation: Circulation, connexions, refractions (XIX-XX siècles)* (HOFSTETTER, Rita; DROUX, Joëlle, Direction), Presse Universitaire de Rennes, Rennes, 2015, págs. 97-117.

⁵⁶ SCHABAS, William A. (Edited by), *The Universal Declaration of Human Rights – The Travaux Préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pág. 1869.

crianças, numa certa perspectiva de *adultismo*. Daí que a percepção dos direitos da criança comece por ser formatada como deveres morais da autoridade parental, da sociedade e do Estado e só mais tarde como direitos de proteção, o que é de todo insuficiente para outorgar a plena cidadania às crianças.

Mas com todos estes sobressaltos e hesitações estava lançada a rampa para em 1959 ser aprovada a Declaração dos Direitos da Criança (DDC, 1959)⁵⁷, mediante a qual se pretendia dar continuidade à Declaração de Genebra dos Direitos da Criança (1923/1924), assim como à anterior proclamação dos direitos humanos (DUDH – 1948). Para o efeito surgiu uma revisão ampliada e melhorada dos primogénitos cinco (5) princípios, passando a integrar dez (10) princípios, todos vocacionados para a proteção da criança. Nesta última declaração reafirmou-se a dignidade e os valores da pessoa humana como seus pilares fundacionais, assim como a determinação em promover o progresso social e instaurar as melhores condições de vida em liberdade (§1.º Preâmbulo). No entanto, não deixou de salientar que toda a criança, “por motivo da sua falta de maturidade física e mental, tem necessidade de proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, ...” (§ 3.º Preâmbulo). Esta última referência e na ausência de uma destrinça das capacidades evolutivas da criança, mantém o percurso jurídico-político da sua infantilização, enquanto padrão de unicidade da incapacidade dos menores, que já advém do direito romano – a etimologia das palavras é bastante elucidativa porquanto infante (lat. *infans*) tem o significado de que “não fala” ou que “não possui a capacidade para falar”, enquanto criança (lat. *creare*) tem o sentido de criação, criatividade. Nesta leitura, a criança acaba por ser objeto de direitos, mais precisamente da autoridade parental, da sociedade ou do Estado, não sendo encarada como sujeito de direitos, ou se preferir, como protagonista do seu destino. Mas uma das suas inovações foi uma referência à criança “physically, mentally or socially handicapped” (princípio 5.º), enunciando que esta “deve beneficiar de tratamento, da educação e dos cuidados especiais requeridos pela sua particular condição”. Este princípio acaba por ser uma versão orientada para o universo das “crianças com handicap” do comando já existente no artigo 25.º, n.º 2 da DUDH, ainda numa linguagem muito própria do modelo médico ou de reabilitação da deficiência, que na ocasião era amplamente dominante⁵⁸.

Os Pactos Internacionais de 1966 (PIDCP e PIDESC)⁵⁹, prosseguindo os propósitos de instituir uma carta dos direitos universais para uma cidadania cosmopolita, vieram estatuir um mínimo de direitos fundamentais para toda e qualquer criança, incluindo as que se encontram num contexto de incapacidade, como resulta das normas a seguir referenciadas. Assim, o PIDCP consagrou no artigo 24.º que “Qualquer criança, sem nenhuma

⁵⁷ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.

⁵⁸ A noção de “handicap” veio a ser retomada e precisada na *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (ICIDH), desenvolvida pela OMS a partir da sua resolução WHA29.35, de maio de 1976 e publicada em 1980 como manual de classificação das consequências das doenças (pág. 183). Esta classificação deu depois lugar à já referida ICF de 2001. A etimologia de handicap, de origem inglesa, está em “mão no chapéu” (*hand-in-cap*), que tanto pode simbolizar aqueles que são “pedintes”, como jogos tradicionais em que o sorteio se fazia com o chapéu. Mas tem sido amplamente empregue na literatura francófona jurídica, sociológica ou outra, para revelar uma desvantagem individual e social decorrente de uma deficiência ou incapacidade. Para uma melhor compreensão veja-se DORVIL, Henri, «Le handicap: Origines et actualité d’un concept», in *Problèmes sociaux. Tome I. Théories et Methodologies, I* (DORVIL, Henri; MAYER, Robert, Direction), Presses de l’Université du Québec, Québec, 2001, págs. 191-215.

⁵⁹ Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

discriminação ..., tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de proteção que exija a sua condição de menor” (n.º 1), bem como o direito ao nome (n.º 2) e a uma nacionalidade (n.º 3). Na mesma latitude, o PIDESC reforçou a necessidade de serem tomadas “Medidas especiais de proteção e assistência em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma ...” (artigo 10.º, n.º 3), referenciando expressamente a inaceitabilidade da exploração económica e social, com destaque para a mão-de-obra infantil. Mas não se limitou à sua proibição, fazendo apologia do sancionamento dos responsáveis por essas situações. Este catálogo de direitos, que tem passado um pouco despercebido, marca geneticamente a normatividade dos direitos das crianças, representando o primeiro esboço jurídico para uma plena cidadania, surgindo como o trampolim para o reconhecimento integral dos direitos da criança e da sua especificidade. Porém, numa breve referência aos mecanismos processuais para a apresentação de queixas individuais ao respetivo Comité, apenas nos limitamos a constatar que enquanto o primeiro protocolo facultativo ao PIDCP surge logo em 1966, o correspondente protocolo facultativo ao PIDESC só apareceu em 2008 (A/RES/63/117). No alinhamento com a doutrina dos indivíduos enquanto sujeitos de direito internacional, as crianças não foram afastadas destes procedimentos⁶⁰.

A proclamação do Ano Internacional da Criança em 1979 (RES. 34/4, de 18/10/1979), inserido numa nova estratégia global das Nações Unidas, veio permitir uma melhor compreensão dos direitos da criança, configurando-os de um modo mais assertivo, designadamente através da implementação de acordos internacionais juridicamente vinculativos. A propósito convém distinguir e precisar que, ao nível do direito internacional público, as declarações e as convenções têm pressupostos e vinculações jurídicas distintas⁶¹. As declarações, ao assumirem certas finalidades, objetivos ou princípios, têm essencialmente um impacto moral e político, não sendo juridicamente vinculativas – isto sem prejuízo de virem a considerar-se como direito internacional consuetudinário e, como tal, “universalmente vinculantes”, como sucede com a DUDH. Por sua vez, as convenções expressam o reconhecimento político, moral e jurídico de direitos, correspondendo a deveres estaduais assumidos pelos Estados-Aderentes, mormente com a sua ratificação, impondo a estes o seu respeito, sendo, por isso, legalmente vinculativas.

A Convenção dos Direitos da Criança surgida em 1989 (CDC - 1989), foi o culminar de 10 anos de trabalhos preparatórios. Esta maratona de negociações espelha bem as dissensões na altura existentes e as hesitações de algumas opções no sentido de assumirem as crianças como cidadãos de hoje e não de amanhã, como já anteriormente Janusz Korczak se tinha manifestado⁶². A sua marca jurídica dominante são os direitos de proteção, os quais insuflam, de modo compreensível e inevitável, a sua grelha normativa, desde logo com

⁶⁰ NOWAK, Manfred, «The New Trend Towards Re-politicising Human Rights», pág. 154; SMITH, Jacqueline, «The Rights of the Child», pág. 164, ambos in *The Role of the Nation-state in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy – Essays in Honour of Peter Baehr* (CASTERMANS-HOLLEMAN, Monique; VAN HOOFF, Fried; SMITH, Jacqueline, Edited by), Kluwer Law International, The Hague, 1998.

⁶¹ VIRALLY, Michel, «Sur la notion d’acord», in *Festschrift für Rudolf Bindschedler zum 65. Geburtstag am 8. Juli 1980* (DIEZ, Emanuel et al, Herausgegeben), Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1980, págs. 159-172.

⁶² KORCZAK, Janusz, «How to love a child», in *Selected Works of Janusz Korczak* (WOLINS, Martin, Edited by), National Science Foundation, Washington DC, 1967, pág. 208. Trata-se de um livro originariamente publicado em polaco, com o título *Jak kochać dziecko: dziecko w rodzinie*, Towarzystwo Wydawnicze w Warszawie, Warszawa, 1919.

destaque na enunciação dos seus propósitos preambulares⁶³. Mas a mesma representa um salto qualitativo em relação às declarações anteriores⁶⁴. Para o efeito avança na estatuição de direitos de participação, dos quais destacamos a possibilidade de a criança exprimir livremente a sua opinião sobre assuntos do seu interesse, enunciando um direito a ser processualmente ouvida, reconhecendo às crianças em geral uma posição originária ativa na implementação dos direitos culturais. Mas também vem insuflar o registo normativo das crianças com incapacidades, fomentando a sua participação ativa na vida comunitária. A promoção e exponenciação do respeito pelas crianças levou à consagração dos primeiros esboços normativos sobre os seus direitos e liberdades cívicas, como seja a livre expressão das suas ideias, incluindo de informação, do seu pensamento, consciência e religião, bem como a liberdade de associação e reunião, indo até ao respeito pela sua vida privada⁶⁵. A inclusão destes referenciais de cidadania é o reflexo do reconhecimento da evolução das capacidades da criança e da sua crescente atividade cívica, a que certamente não será alheio o movimento estudantil surgido nos liceus com o maio de 1968, atento o seu cariz associativo e reivindicativo⁶⁶ – as “crianças jovens” tornam-se politicamente ativas. No seu quadro normativo relativo às crianças com incapacidades salientamos a proibição da discriminação (artigo 2.º) e a cláusula-chapéu da “disability” (artigo 23.º). Apesar do mérito desta inclusão normativa, a mesma manteve o alinhamento com o modelo médico ou de reabilitação da deficiência. No seguimento da CDC foram aprovados os seguintes protocolos facultativos: venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil; envolvimento de crianças em conflitos armados; instituição de um procedimento de comunicação⁶⁷.

A CDPD de 2006 ao desenhar uma cartografia de direitos humanos da incapacidade, para além de uma significativa referência preambular às crianças com incapacidades, veio estatuir uma grelha normativa especificamente dirigida às mesmas, quer enquanto princípio geral, quer como referencial de direitos de cidadania, através de específicas normas nucleares. O trajeto dos direitos humanos das crianças com incapacidades encontra-se ancorado através dos seguintes pilares: i) pleno gozo de tais direitos e liberdades em igualdade com as demais crianças (alínea *r*) do Preâmbulo); ii) respeito pelas suas capacidades de desenvolvimento e a preservarem a sua identidade (alínea *h*) do artigo 3.º). Por sua vez, o seu núcleo duro está afirmado no reconhecimento das especificidades dos direitos humanos das crianças com incapacidades (artigo 7.º)⁶⁸. A “norma nuclear”

⁶³ Veja-se essencialmente os §§ 8.º, 9.º, 11.º do Preâmbulo e os artigos 2.º, n.º 2; 3.º, n.º 2; 8.º, n.º 2; 16.º, n.º 2; 17.º, alínea e); 19.º; 20.º, 21.º, alínea b); 22.º; 25.º; 32.º, n.º 1; 33.º; 34.º; 36.º; 38.º, n.º 4.

⁶⁴ Atenda-se aos artigos 12.º, 23.º, n.º 1, 31.º, n.º 2 da CDC.

⁶⁵ Vejam-se os artigos 13.º; 14.º, 15.º, 16.º, n.º 1 da CDC.

⁶⁶ WRINGE, C. A., *Children's Rights – A Philosophical Study*, Routledge, London, 1981, págs. 5-8.

⁶⁷ As Nações Unidas aprovaram os dois primeiros protocolos através da A/RES/54/263, de 25 de maio de 2000 e o terceiro pela A/RES/66/138, de 19 de dezembro 2011.

⁶⁸ BRODERICK, Andrea, «Article 7 [Children with Disabilities]» *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary* (DELLA FINA, Valentina; CERA, Rachele; PALMISANO, Giuseppe, Editors), Springer, Cham, 2017, págs. 195-212; CAMPOY CERVERA, Ignacio, «Legal Analysis of Article 7 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Children With Disabilities», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 9, 2017, págs. 116-141; BANTEKAS, Ilias, «Article 7 Children with Disabilities», in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary* (BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris, Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2018, págs. 198-228; MARTINGO CRUZ, Rossana, «Artigo 7.º - Crianças com deficiência», in *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário* (CORREIA GOMES, Joaquim; NETO, Luísa; TÁVORA VÍTOR, Paula, Coord.) INCM, Lisboa, 2020, págs. 89-95.

contempla o pleno gozo de todos os direitos humanos em condições de igualdade com as demais crianças (n.º 1), a primazia dos superiores interesses da criança (n.º 2), assim como o direito geral de participação (n.º 3). Este último desdobra-se no direito de exprimirem livremente os seus pontos de vista, de a sua opinião ser considerada de acordo com a sua idade e maturidade, em condições de igualdade com as demais crianças, assim como em receberem a assistência adequada para o exercício dos direitos.

Esta referência preambular e estes núcleos normativos, foram devidamente amparados por múltiplas normas satélite, como se tratasse de uma constelação de direitos das crianças com discapacidades. O seu desenho legal foi construído mediante uma alusão à idade ou então por uma referência expressa às crianças com discapacidades. Das primeiras salientamos a sensibilização da sociedade para com a problemática da discapacidade ou o acesso à justiça, designadamente quanto à exigência de mecanismos de adaptação processual⁶⁹. Das segundas são exemplo a proteção contra a exploração, violência e abuso, o direito à nacionalidade e ao nome, o respeito pelo domicílio e a família, assim como os direitos à educação inclusiva, saúde, participação na vida cultural, recreação, lazer e desporto⁷⁰. A discriminação muito embora esteja centrada na idade e na discapacidade (deficiência + barreiras) da criança pode surgir conjugada com outras circunstâncias, através de um catálogo aberto, que passa, por exemplo pelo género, raça, condição económica, orientação sexual, migrantes, etc., mas com o propósito comum de *segregar para marginalizar*. Daí que a discriminação seja um fenómeno complexo, comportando distintas variantes, podendo ser direta ou indireta, simples ou agravada, interseccionada ou múltipla, associada ou sistémica, bem como a negação da implementação de acomodações razoáveis⁷¹.

Neste breve percurso pelas fontes normativas internacionais dos direitos das crianças podemos constatar que estes começaram por ser desenhados como deveres morais (Declaração de Genebra 1923/1924), para depois serem assumidos como direitos morais (DDC - 1959). Estas declarações estavam alinhadas e insufladas com uma forte carga de paternalismo, como se as crianças fossem sempre infantes. O primeiro esboço ao nível dos direitos humanos surgiu de um modo muito rudimentar e sempre numa perspetiva de proteção (DUDH e Pactos Internacionais de 1966). Os direitos humanos da criança (CDC - 1989) propiciaram o reforço dos direitos de participação e viram o despontar dos seus direitos de cidadania. Mas também foram premonitórios ao contemplar normativamente os direitos da discapacidade relativamente às crianças, ainda num discurso essencialmente médico ou reabilitador. Os direitos das crianças centrado nas suas discapacidades e não apenas na deficiência, desloca-se de um modelo médico ou de reabilitação, que ainda caracterizou a CDC 1989, para um modelo de direitos humanos, enquanto paradigma da CDPD⁷². E esta linguagem contemporânea dos direitos humanos das discapacidades vai no sentido da sua

⁶⁹ Confrontar os artigos 8.º, n.º 1, alínea b); 13.º, n.º 1 CDPD.

⁷⁰ Confrontar pela ordem indicada os artigos artigo 16.º, n.º 2 e 5; 18.º, n.º 2; 23.º, n.º 1, al. c), 3; 24.º; 25.º, alínea b); 30.º, alínea d), todos da CDPD.

⁷¹ Cfr. artigos 2.º, 3.º, alínea b), 4.º, n.º 1, proémio, 5.º, n.º 2 e 3, 6.º, n.º 1 CDPD. O ComRPD, *General Comment No 3 (2016) on women and girls with disabilities* (CRPD/C/GC/3), §§ 4, 14 a 17 estabelece um glossário de definições respeitantes à discriminação.

⁷² CAMPOY CERVERA, Ignacio, «La Construcción de un Modelo de Derechos Humanos para los Niños, com o sin Discapacidad», *Derechos y Libertades*, Época II, n.º 37, 2017, pp. 131-165, descreve os modelos de protecionismo tradicional, a que se seguiu o protecionismo “renovado”, no que concerne às crianças, assim como os modelos médico e social, relativamente à discapacidade, sustentando a passagem daqueles para o modelo dos direitos humanos.

plena cidadania, prosseguindo no novo caminho de plena inclusão das crianças como “cidadãos de hoje”, que vai muito para além dos deveres morais e dos direitos de proteção, assim como dos direitos de participação da criança.

Apenas com os direitos humanos das discapacidades (CDPD - 2006), surgiu um nítido referencial para os direitos de cidadania, marcando a refundação dos direitos das crianças com discapacidades.

V. A PLATAFORMA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS COM DISCAPACIDADES

As fontes jurídicas dos direitos humanos das crianças com discapacidades são múltiplas. Desde logo porque toda a plataforma global e regional dos direitos humanos pode ser mobilizada (v.g. DUDH, PIDCP, PIDESC, CEDH), o que pode provocar um transbordante lastro normativo e alguns enigmas interpretativos. Neste contexto, os direitos das crianças com discapacidades podem surgir normativamente invisíveis. Por outro lado, a leitura segmentada e solitária de específicas normas dos tratados de direitos humanos (v.g. artigo 2.º da CDC; artigo 5.º, n.º 2 da CDPD) pode suscitar algumas perplexidades no seu reconhecimento, porquanto a sua inspiração e filosofia são distintas. Neste fracionamento dos tratados, os direitos das crianças com discapacidades podem ficar normativamente obscuros. Por sua vez, a leitura solitária de outras plataformas internacionais de direitos, designadamente da biomedicina, e dirigidas a normas isoladas, como se fossem “normas-cogumelo”, pode conduzir a que os direitos das crianças com discapacidades surjam normativamente vazios. Como ultrapassar estas vicissitudes?

A construção dos direitos das crianças com discapacidades iniciou-se de um modo mais consistente com a CDC, que tem por base o modelo médico ou de reabilitação, e prolongou-se pela CDPD, suportada pelo modelo social que tem evoluído para um modelo de direitos. Nesta conformidade e de modo a manter a integridade dos direitos humanos, a leitura da CDC deve ser evolutiva e dinâmica à luz da CDPD⁷³. Mas existem outras referências, tanto jurídicas, como bioéticas, influentes nessa plataforma de direito internacional, particularmente o reconhecimento dos seus bio-direitos. Nesta conformidade, a leitura de uma norma dirigida às crianças com discapacidades não se pode cingir apenas ao correspondente enunciado legal, devendo igualmente abranger as normas legais conexionadas, tanto ao nível da CDC, como da CDPD. E também pode haver a necessidade de mobilizar outros textos específicos de direito internacional, como sucede com a Convenção sobre os Direitos Humanos e da Biomedicina, também conhecida como Convenção de Oviedo, originária do Conselho da Europa⁷⁴. Neste ambiente jurídico passa a ter relevância interpretativa o correspondente bloco normativo.

Os direitos humanos das crianças com discapacidades tem uma relevância prioritária no âmbito da correspondente plataforma multinível universal, regional e nacional. Desde logo decorrente da sua primazia jurídica, tanto ao nível do Direito da União Europeia, considerados como princípios gerais (artigos 6.º n.º 3 do TUE e 52.º, n.º 3 CDFUE), como

⁷³ Cfr. Artigo 31.º, n.º 3 alínea a) da Convenção de Viena do Direitos dos Tratados (CVDT). Neste sentido BANTEKAS, Ilias, «Article 7 Children with Disabilities» *op. cit.*, pág. 206.

⁷⁴ A sua designação completa é Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*), Council of Europe, European Treaty Series, n.º 164, 04/04/1997.

ao nível do direito doméstico, reconhecidos por imposição constitucional (v.g. artigos 8.º, n.º 1 da Constituição portuguesa e 96.º, n.º 1 da Constituição espanhola). O primado da prevalência dos direitos humanos das crianças com incapacidades, enquanto direito internacional nacionalizado, obsta a que seja invocado o direito interno para desaplicação do primeiro (artigo 27.º CVDT) e conduz a uma interpretação prevalecente do direito internacional relativamente ao direito doméstico. No entanto, convém alertar, o direito internacional e o direito nacional têm disciplinas próprias e exclusivas de vigência, interpretação e aplicação das suas disposições, sendo o primeiro mediante a CVDT (artigos 26.º a 33.º, 42.º a 45.º), enquanto o segundo através da Constituição e das leis ordinárias domésticas, onde se destacam as regras de interpretação implementadas pelos Códigos Civis.

As constituições ibéricas de 1970s têm uma inovadora cláusula constitucional de abertura aos direitos humanos (artigos 16.º, n.º 2 Constituição portuguesa e 10.º, n.º 2 da Constituição espanhola)⁷⁵, permitindo extrair das mesmas uma metodologia própria dirigida à interpretação do direito interno à luz direitos humanos, propiciando a unidade do sistema jurídico, através essencialmente de três vias. A primeira, imprimindo uma leitura viva e contemporânea da DUDH, de modo a abranger qualquer acordo internacional de direitos humanos, porquanto estes têm vindo continuamente a precisar a teleologia assumida em 1948. A segunda será através da interpretação conforme, a qual ocorre quando existem duas ou mais interpretações normativas possíveis, sendo uma ajustada à plataforma dos direitos humanos e outra contrária à mesma, optando-se por aquela em detrimento desta última. A terceira, mediante a interpretação orientada, o que sucede quando esta se enquadra na juridicidade da “norma parâmetro” do direito interno, mas em que o apelo à “norma conteúdo” dos direitos humanos vai integrar e reforçar o sentido do projeto normativo da disposição legal doméstica. Tais vias são instrumentos hermenêuticos que permitem a harmonização do direito ordinário com os direitos humanos, materializando a sua expansão e propiciando a devida efetividade.

A criação de uma norma jurídica não visa apenas manifestar o “império da lei”, tendo também como propósito a sua compreensão pela comunidade, de modo a extroverter o seu comando e possibilitar a sua aplicação. A previsão de um comando legal assenta essencialmente num padrão de vida jurídico, cujos contornos definem a sua antevisão factual e conformação modelar, os quais vão permitir a sua realização. Por isso, uma norma é um modelo objetivo que está jurídico-factualmente determinado, tendo a sua estrutura analítica (“texto-norma”, “âmbito-norma”, “programa-norma”, “concretização da norma”) e surgindo num certo contexto ou ambiente jurídico (bloco-normativo)⁷⁶. Apenas mediante esta leitura contagiante e dialógica das diversas normas, as quais expressam valores, princípios e regras, que podem ser mobilizadas para o caso concreto, é que podemos traçar devidamente a sua

⁷⁵ O primeiro segmento normativo dispõe que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. O segundo estipula que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur Und Normativität: Zum Verhältnis von Recht Und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, págs. 147 e ss.; 184 e ss, indica as quatro primeiras como integrantes da estrutura da norma; HÄBERLE, Peter, «Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation – ein Problemerkatalog», in *Revue europeenne de droit public*, n.º 3, Vol. 12, 2000, págs. 867-895, sustenta uma leitura integrada das distintas plataformas normativas multinível, que passa pelo “respeito pelos direitos humanos” (*Menschenrechtsfreundlichkeit*).

normatividade e o correspondente projeto jurídico, estabelecendo as condições para a sua realização casuística.

VI. RECAPITULAÇÃO E CONCLUSÕES

Os direitos humanos têm específicas características de normatividade, que os distinguem dos demais direitos. Para o efeito apontam-se essencialmente as seguintes: i) *universais*, beneficiando qualquer ser humano; ii) *fundamentais*, protegendo o essencial das suas capacidades, interesses e necessidades; iii) *abstratos*, seja quanto aos destinatários, gerando quanto ao seu objeto um direito de abstenção ou uma ação positiva, seja no que concerne às restrições do direito, pois nenhum direito é ilimitado; iv) *validade moral*, surgindo imbuído de uma justificação plena e racional; v) *prioritários*, sendo a medida e o conteúdo dos demais direitos positivos⁷⁷. Podem ainda ser aditadas outras características, como sejam: vi) *irrenunciáveis*, porquanto não se podem abdicar dos mesmos, sem prejuízo da faculdade de não serem exercidos; vii) *inalienáveis*, pois em nenhuma circunstância podem ser automática e simplesmente suprimidos, podendo, no entanto, ser suspensos; viii) *interdependentes*, em virtude de estarem relacionados entre si, contribuindo todos eles para a satisfação das necessidades humanas e o seu desenvolvimento; ix) *indivisíveis*, merecendo cada um desses direitos a mesma atenção e vigência, tendo o mesmo estatuto, não existindo uma hierarquia entre si; ix) *imprescritíveis*, porquanto não se extinguem com o decurso do tempo.

Os direitos humanos correspondem a normas básicas do relacionamento social numa sociedade digna, gerando compromissos de respeito pela sua observância, propiciando núcleos de proteção, mas também esferas de reivindicações. Daí que a implementação dos direitos humanos só tenha sentido se for orientada pelas suas razões práticas, propiciando a concretização das suas específicas necessidades primárias, possibilitando a correspondente resposta jurídica. Os seus desafios contemporâneos são imensos e fazem-se desde logo sentir no universo das crianças, muito particularmente quando estas se encontram num contexto de incapacidade (deficiência + barreiras sociais). A perspetiva dos novos direitos humanos como contra-direitos permite uma leitura que extravasa uma concepção individualista dos direitos, passando a considerar os direitos das crianças como direitos de emancipação.

Os direitos humanos das crianças são uma *sub specie juris* dos direitos humanos, arrogando-se das mesmas características de normatividade, assumindo as suas dimensões subjetivas e objetivas, com semelhantes ou mesmo reforçados níveis de respeito, proteção e reivindicação. O seu desenho jurídico vai no sentido de que as crianças não tenham apenas esses direitos, mas que sejam titulares dos mesmos, assumindo progressivamente, de acordo com a sua idade e maturidade, o seu exercício⁷⁸. Mas são simultaneamente uma ferramenta imprescindível para enfrentar as privações que as crianças sofrem na sociedade. E as crianças com incapacidades têm essas necessidades exponenciadas, resultante das especificidades conferidas pela sua condição de deficiência e também pelo contexto das barreiras sociais e ambientais impeditivas da sua plena inclusão. Daí que as correspondentes situações de direito

⁷⁷ ALEXY, Robert, «Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat», in *Philosophie der Menschenrechte* (GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg, Herausgegeben), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, págs. 246-254.

⁷⁸ LINDKVIST, Linde, «The child subject of Human Rights», in *The Subject of Human Rights* (CELERMAJER, Danielle; LEFEBVRE, Alexandre, Edited by), Stanford University Press, 2020, Stanford (California): pág. 227.

subjetivo protejam normativamente, de facto e juridicamente, as necessidades individuais e sociais básicas no período de menoridade, mas atendendo à sua específica condição de maior vulnerabilidade decorrente da incapacidade.

Deste modo, encontramos, nas necessidades essenciais das crianças com incapacidades, a melhor sustentabilidade para conceder prioridade aos seus direitos humanos, mas também como medida cardinal para avaliar a sua autonomia, como de resto sucede com qualquer criança⁷⁹. Assim, a autonomia progressiva das crianças, que passa pela sua autogovernança (autonomia interna) e autodeterminação (autonomia externa)⁸⁰, leva a que o poder/dever das responsabilidades parentais e estaduais acompanhem essa crescente emancipação, respeitando as suas capacidades evolutivas, conferindo-lhes proteção e fomentando as mesmas, inclusivamente num contexto de incapacidade (artigo 5.º da CDC e alínea h) do artigo 3.º da CDPD). A maturidade é chave para a crescente autonomia pessoal da criança e não a sua incapacidade (deficiência + barreiras), correspondendo aquela à aptidão para “compreender e avaliar as consequências de certo assunto”, assim como para “expressar as suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”⁸¹, ou seja, de modo racional e esclarecido, sem coação ou manipulações de terceiros. Nesta conformidade, as responsabilidades parentais devem passar gradualmente de um modelo de substituição, que se justifica plenamente na primeira infância, para um modelo de representação mitigada, que tem sentido durante a pré-adolescência, para um modelo de apoio, com relevância na adolescência, sem que estas fases sejam estanques, porquanto devem refletir a capacidade evolutiva de discernimento e decisória de cada criança.

Mas existem núcleos de vontade e decisórios autónomos dos jovens maduros que são intransponíveis, mormente quando entramos na órbita dos direitos e atos pessoalíssimos no campo do biodireito (v.g. interrupção voluntária da gravidez). Muito embora não exista uma noção legal de direitos e atos pessoalíssimos, podemos considerar como tal os direitos subjetivos e as ações próprias respeitantes à esfera nuclear mais intrínseca de cada pessoa, reveladores da sua individualidade e integralidade, assumindo um carácter inalienável, indisponível, irrenunciável e imprescritível, que, em regra, apenas podem ser exercidos ou praticados pelo seu titular e não através de outra pessoa⁸². Nestes casos, estamos num centro de gravidade jurídica exclusivamente pessoal, abrangendo, por isso, qualquer criança, mesmo numa circunstância incapacitante, que extravasa os poderes conferidos pelos modelos de substituição ou de plena representação (v.g. a cirurgia corretiva precoce nas crianças intersexo; as cirurgias faciais nas crianças com síndrome de down; a laqueação de trompas de crianças com incapacidades mentais).

⁷⁹ Neste sentido GONZALEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación*, Ciudad de México: UNAM, 2011, pág. 106, referindo-se apenas às crianças em geral.

⁸⁰ CORREIA GOMES, Joaquim, «Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro», in *Autonomia e Capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* (NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa, Coord.), Biblioteca Red, Edição Universidade do Porto, Porto, 2018, pág. 55 sobre as distintas modalidades da autonomia.

⁸¹ ComRC *General Comment No 12 (2009) The right of the child to be heard* (CRC/C/GC/12) § 30.

⁸² SANTOS, Cifuentes, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995 (2.ª ed.), pág. 199; ÁLVAREZ LATA; Natalia; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El menor maduro desde la perspectiva del Derecho», in *El Menor Maduro – Cinco Aproximaciones a un Perfil Poliédrico* (COUCEIRO VIDAL, Azucena, Coord.), Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, FAD, Madrid, 2019, págs. 76.

Os direitos humanos das crianças com discapacidades são inevitavelmente uma via emancipatória, de modo a preservar a sua dignidade humana, promovendo progressivamente a sua autonomia. Daí que tais contra-direitos sejam uma referência relativamente aos poderes estaduais e parentais, insuflando os seus deveres relativamente às crianças com discapacidades, mas também propiciando a corresponsabilização da comunidade em geral na remoção das barreiras que obstaculizam a sua plena inclusão, correspondendo, por isso, a exigências de justiça de modo que tais crianças sejam tratadas com humanidade. Por isso, os direitos das crianças com discapacidades acabam por propiciar as “razões para ação” (*reasons for action*)⁸³ no duplo sentido, que já temos vindo a desbravar: i) assegurar as suas necessidades básicas, ii) empoderar evolutivamente a sua capacitação para o exercício dos seus direitos. Esta leitura permite uma melhor sustentabilidade para os direitos humanos das crianças com discapacidades, centrada na sua pessoa e no contexto das suas funcionalidades, num ambiente social e cultural, mais ou menos hostil às suas condições pessoais. Será esta leitura realista? Tão realista como os direitos de cidadania que vieram a ser reconhecidos na CDC de 1989 ou na refundação dos direitos da criança com discapacidades realizada pela CDPD de 2006. Exijamos então o (im)possível.

VII. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, «Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstat», in *Philosophie der Menschenrechte* (GOSEPATH, Stefan; LOHMANN, Georg, Herausgegeben), Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, págs. 244-264

ÁLVAREZ LATA; Natalia; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El menor maduro desde la perspectiva del Derecho», in *El Menor Maduro – Cinco Aproximaciones a un Perfil Polidédrico* (COUCEIRO VIDAL, Azucena, Coord.), Centro Reina Sofia sobre Adolescencia y Juventud, FAD, Madrid, 2019, págs. 68-91

ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M. «Introduction – Philosophical Views of Children: A Brief History», in *The Moral and Political Status of Children* (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., edited by), Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 1-4

ARENDDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Penguin Books, London, 2017

ARISTÓTELES, *História dos Animais, Livros I-VI*, INCM, Lisboa, 2006

ARISTÓTELES, *História dos Animais, Livros VII-X*, INCM, Lisboa, 2008

ARISTÓTELES, *Política* (edição bilingue), Vega, Lisboa, 1998

BANTEKAS, Ilias, «Article 7 Children with Disabilities», in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary* (BANTEKAS, Ilias; STEIN, Michael Ashley; ANASTASIOU, Dimitris, Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2018, págs. 198-228

BRIGHOUSE, Harry, «What Rights (If Any) Do Children Have?», in *The Moral and Political Status of Children* (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., Edited by), Oxford University Press, 2002, Oxford, págs. 31-52

BRIGHOUSE, Harry, *On Education*, New York, Routledge, 2006

⁸³ SEN, Amartya, «Children and Human Rights», in *Indian Journal of Human Development*, n.º 2, Vol. 1, 2007, págs. 1-18.

- BRODERICK, Andrea, «Article 7 [Children with Disabilities]» *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities – A Commentary* (DELLA FINA, Valentina; CERA, Rachele; PALMISANO, Giuseppe, Editors), Springer, Cham, 2017, págs. 195-212
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, «La Construcción de un Modelo de Derechos Humanos para los Niños, con o sin Discapacidad», *Derechos y Libertades*, Época II, n.º 37, 2017, pp. 131-165
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, «Legal Analysis of Article 7 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Children With Disabilities», *The Age of Human Rights Journal*, n.º 9, 2017, págs. 116-141
- ComRC *General Comment No 12 (2009) The right of the child to be heard* (CRC/C/GC/12)
- ComRPD, *General Comment No 3 (2016) on women and girls with disabilities* (CRPD/C/GC/3)
- CORREIA GOMES, Joaquim, «Autonomia e (in)capacidades: passado, presente e futuro», in *Autonomia e Capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* (NETO, Luísa; LEÃO, Anabela Costa, Coord.), Biblioteca Red, Edição Universidade do Porto, Porto, 2018, págs. 45-70
- CORREIA GOMES, Joaquim, «Constitucionalismo, deficiência mental e discapacidade: Um apelo aos direitos», *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, págs. 119-151
- CORREIA GOMES, Joaquim, «Preâmbulo», in *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário*, CORREIA GOMES, Joaquim; NETO, Luísa; TÁVORA VÍTOR, Paula (Coord.) INCM, Lisboa, 2020, págs. 23-32
- DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008
- DEGENER, Theresia, «A Human Rights Model of Disability», in *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (Edited by), Routledge, New York, 2017, págs. 31-49
- DEGENER, Theresia, «Disability in a Human Rights Context», *Laws*, n.º 3, Vol. 5, 2016, págs. 2-24
- DESCARTES, René, *Les Principes de la philosophie*, Librairie CH. Delagrave, Paris, 1885
- DORVIL, Henri, «Le handicap: Origines et actualité d'un concept», in *Problèmes sociaux. Tome I. Théories et Methodologies, I* (DORVIL, Henri; MAYER, Robert, Direction), Presses de l'Université du Québec, Québec, 2001, págs. 191-215
- DROUX, Joëlle, «L'internationalisation de la protection de l'enfance: Acteurs, Concurrences et Projets Transnationaux», in *Critique internationale*, n.º 3, Vol. 52, 2011, págs. 17-33
- DU BOIS, Patterson, *Fire Side Child Study*, Burr Printing House, New York, 1903
- DUGUIT, Léon, *Les Transformations générales du Droit privé depuis le Code Naopléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912
- ENGELHARDT JR., H. Tristram, «Ethical Issues in Aiding the Death of Young Children», in *Beneficent Euthanasia* (KOHL, Marvin, Edited by), Prometheus Books, Buffalo (New York), 1975, págs. 180-192.

FALCÓN Y TELLA, Maria José, *A Three-dimensional Theory of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010

FIORENTINO, Karen, «Protéger L'enfant ouvrier. La Loi du mai 1874, une "légalisation intermédiaire"», *Révue historique*, n. ° 682 (2), 2017, págs. 327-357

FISCHER-LESCANO, Andreas; FRANZKI, Hannah; HORST, Johan (Herausgegeben), «Einleitung», in *Gegenrechte – Recht jenseits des Subjekts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, págs. 1-12

GONZALEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación*, UNAM, Ciudad de México, 2011

GOODIN, Robert E; GIBSON, Diane, «Rights, Young and Old», *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, Vol. 17, 1997, págs. 185-203

GOUHIER, Henri, *La pensée méthaphysique de Descartes*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1999

GRIFFIN, James, «Do Children Have Rights?» in *The Moral and Political Status of Children*, (ARCHARD, David; MACLEOD, Colin M., Edited by), Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 19-30

GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008

HÄBERLE, Peter, «Methoden und Prinzipien der Verfassungsinterpretation – ein Problemerkatalog», in *Revue européenne de droit public*, n.º 3, Vol. 12, 2000, págs. 867-895

HART, Herbert L. A., *Essays on Bentham – Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegel eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989

HERI, Corina, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-Treatment and the ECtHR*, Hart Publishing, Dublin, 2021, págs. 153/155.

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1965

JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Verlag von JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905

JHERING, Rudolph von, *Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1877

JORI, Mario, *Del diritto inesistente – Saggio di metajurisprudenza descrittiva*, Edizioni ETS, Pisa, 2010

KANT, Immanuel, *A metafísica dos costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2017, [tradução de José Lamago de *Die Metaphysik der Sitten*, Vol. VI, Akademie Textausgabe, de 1907]

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992

KEY, Ellen, *The century of the Child*, The Knickerbocker Press, London, 1909

- KORCZAK, Janusz, «How to love a child», in *Selected Works of Janusz Korczak* (WOLINS, Martin, Edited by), National Science Foundation, Washington DC, 1967, págs. 93-354
- LAUFER-UKELES, Pamela, «The Relational Rights of Children», in *Connecticut Law Review*, n.º 3, Vol. 43, 2016, págs. 741-816
- LE GRAND, Vincent, «La naissance de l'enfant dans l'histoire des idées politiques», *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n.º 5, 2006, págs. 11-22
- LINDKVIST, Linde, «The child subject of Human Rights», in *The Subject of Human Rights* (CELERMAJER, Danielle; LEFEBVRE, Alexandre, Edited by), Stanford University Press, Stanford (California), 2020, págs. 211-227
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg, London, 1823
- MACCORMICK, Neil, «Children's Rights: A test-case for theories of rights», in *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon-Press, Oxford, 1982, págs. 154-166
- MALLY, Lynn, *Culture of the Future: The Proletkult Movement in Revolutionary Russia*, University of California Press, Berkeley, 1990
- MARTINGO CRUZ, Rossana, «Artigo 7.º - Crianças com deficiência», in *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário* (CORREIA GOMES, Joaquim; NETO, Luísa; TÁVORA VÍTOR, Paula, Coord.) INCM, Lisboa, 2020, págs. 89-95
- MENKE, Christoph, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2015; *Critique of Rights*, Polity Press, Cambridge, 2020
- MOODY, Zoe, «La Déclaration des Nations unies aux Droits de l'enfant (1959): genèse, transformation et circulation d'un traité (re)fondateur d'une cause transnationale», in *Globalisation des Mondes de L'éducation: Circulation, connexions, refractions (XIX-XX siècles)* (HOFSTETTER, Rita; DROUX, Joëlle, Direction), Presse Universitaire de Rennes, Rennes, 2015, págs. 97-117
- MORIER, Andrée, «The Declaration of the Rights of the Child», in *International Review of the Red Cross*, n.º 26, 1963, págs. 227-233.
- MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur Und Normativität: Zum Verhältnis von Recht Und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, Entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- NEDELSKY, Jennifer *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- NEDELSKY, Jennifer, «Reconceiving Rights as Relationship», in *Review of Constitutional Studies*, n.º 1, Vol. 1, 1993, págs. 1-26.
- NOWAK, Manfred, «The New Trend Towards Re-politicising Human Rights», in *The Role of the Nation-state in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy – Essays in Honour of Peter Baehr* (CASTERMANS-HOLLEMAN, Monique; VAN HOOFF, Fried; SMITH, Jacqueline, Edited by), Kluwer Law International, The Hague, 1998, págs. 151-162.

- NUSSBAUM, Martha Craven, «Beyond the Social Contract: Toward Global Justice», in *The Tanner Lectures on Human Values 24* (PETERSON, Grethe B., Edited by) University of Utah Press, Salt Lake City, 2004, págs. 413-507.
- NUSSBAUM, Martha Craven, *Frontiers of Justice — Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, Harvard, 2007.
- O'NEILL, Onora, «Children's Rights and Children's Lives», *Ethics*, n.º 3, Vol. 98, 1988, págs. 445-463.
- QUINN, Gerard «Disability and Human Rights: A New Field in the United Nations», in *International Protection of Human Rights: A Textbook* (KRAUSE, Catarina; SCHEININ, Martin, Editors), Åbo Akademi University, Turku, 2009, págs. 247-271.
- RAWLS, John, «Justice as Fairness», *The Philosophical Review*, n.º 2, Vol. 67, 1958, págs. 164-195.
- RAWLS, John, *Justice as Fairness – A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge, 2001.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, 2004.
- ROSS, Hamish, «Children's Rights and Theories of Rights», *International Journal of Children's Rights*, n.º 4, Vol. 21, 2013, págs. 679-704.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques «Emile ou de l'Education», *Collection Complete des Oeuvres de J.J. Rousseau*, Tome VII, Geneve, 1782.
- SANTOS, Cifuentes, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995 (2.ª edición).
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Veit, Berlin, 1840.
- SCHABAS, William A. (Edited by), *The Universal Declaration of Human Rights – The Travaux Préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- SEN, Amartya, «Children and Human Rights», in *Indian Journal of Human Development*, n.º 2, Vol. 1, 2007, págs. 1-18.
- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London, 2009.
- SEOANE, José Antonio, «Derechos humanos y discapacidad», in *Filosofía Práctica y Derecho – Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas* (CIANCIARDO, Juan et al, Coord.), UNAM, Ciudad de México, 2016, págs. 293-313.
- SERIES, Lucy, «Disability and Human Rights», in *Routledge Handbook of Disabilities Studies* (WATSON, Nick; VEHMAS, Simo, Edited by), Routledge, London, 2020, págs. 72-88.
- SMITH, Jacqueline, «The Rights of the Child», in *The Role of the Nation-state in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy – Essays in Honour of Peter Baehr* (CASTERMANS-HOLLEMAN, Monique; VAN HOOFF, Fried; SMITH, Jacqueline, Edited), Kluwer Law International, The Hague, 1998, págs. 163-173.

SPECTOR, Horacio, «Value Pluralism and the Two Concepts of Rights» in *Rights: Concepts and Contexts* (BIX, Brian H.; SPECTOR, Horacio, Edited by), Routledge, New York, 2016, págs. 115-134.

STEIN, Michael Ashley, «Disability Human Rights», *California Law Review*, Vol. 95, 2007, págs. 75-121.

THON, August, *Rechtsnorm und Subjectives Recht*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878.

VIGARELLO, Georges, «L'intolérable de la maltraitance infantile. Génese de la loi sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés en France», in *Les Constructions de L'intolérable* (BOURDELAIS, Patrice; FASSIN, Didier, Direction), La Découvert, Paris, 2005, págs. 111-127.

VIRALLY, Michel, «Sur la notion d'acord», in *Festschrift für Rudolf Bindschedler zum 65. Geburtstag am 8. Juli 1980* (DIEZ, Emanuel et al, Herausgegeben), Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1980, págs. 159-172.

WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Besorgt von Johannes Winkelmann, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1980.

WIGGIN, Kate Douglas, *Children's Rights – A Book of Nursery Logic*, The Riverside Press, Cambridge, 1892.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I Band, Rütten & Loening, Frankfurt, 1887.

WRINGE, C. A., *Children's Rights – A Philosophical Study*, Routledge, London, 1981.

YOUF, Dominique, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002.