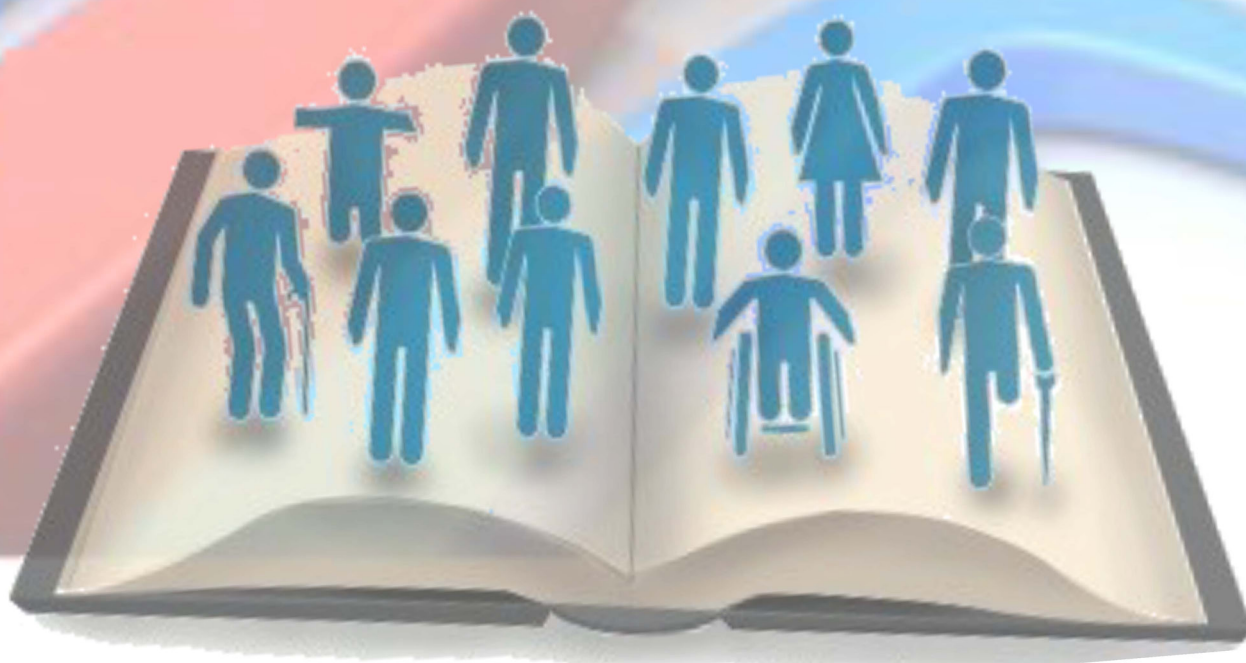


AUTONOMIA E CAPACITAÇÃO OS DESAFIOS DOS CIDADÃOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Investigadoras Responsáveis

LUÍSA NETO
ANABELA COSTA LEÃO

BIBLIOTECA RED



2018

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A ACTAS DO SEMINÁRIO

Autonomia e Capacitação:
os Desafios dos Cidadãos Portadores de Deficiência
Porto e FDUP, 17 de Abril de 2018

PROJECTO

FCT UID 443_CIJE

INVESTIGADORAS RESPONSÁVEIS

Prof. Doutora Luísa Neto, FDUP e CIJE
Prof. Doutora Anabela Costa Leão, FDUP e CIJE

EDIÇÃO

UP - Universidade do Porto

EXECUÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

LOCAL

Porto

ISBN

978-989-746-200-9

All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this book may be made without written permission of the author. Short excerpts from it may, nevertheless, be reproduced as long as the source is acknowledged

AUTONOMIA E CAPACITAÇÃO OS DESAFIOS DOS CIDADÃOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Investigadoras Responsáveis

LUÍSA NETO
FDUP e CIJE

ANABELA COSTA LEÃO
FDUP e CIJE

PUBLICAÇÃO CORRESPONDENTE A ACTAS DO SEMINÁRIO “AUTONOMIA E
CAPACITAÇÃO: OS DESAFIOS DOS CIDADÃOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA”

Porto e FDUP, 17 de ABRIL de 2018

Projecto FCT UID 443_CIJE

ÍNDICE

NOTA INTRODUTÓRIA.....	7
ANÁLISE CRÍTICA DO FUTURO PROCESSO JUDICIAL PARA “ACOMPANHAMENTO DE MAIOR”	9
Ana Sofia de Magalhães e Carvalho	
VULNERABILIDADE(S), DISCRIMINAÇÃO E ESTEREÓTIPOS	21
Anabela Costa Leão	
PROTEÇÃO DOS MAIORES.....	39
João Cottim Oliveira	
AUTONOMIA E (IN)CAPACIDADES: PASSADO, PRESENTE E FUTURO	45
Joaquim Correia Gomes	
O DIREITO E O DEVER DE CUIDADO: ELEMENTOS DE DIREITO COMPARADO QUANTO AO ACOMPANHAMENTO DE MAIORES	71
Jorge Gracia Ibáñez	
VULNERABILIDADE E CAPACIDADE DE GOZO E EXERCÍCIO DE DIREITOS À LUZ DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO	89
Luísa Neto	
O RECONHECIMENTO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DAS MEDIDAS DE ACOMPANHAMENTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	101
Mariana Fontes da Costa	
A TUTELA PATRIMONIAL DOS CIDADÃOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA	117
Marta Rosas	
OS NOVOS REGIMES DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM CAPACIDADE DIMINUÍDA.....	125
Paula Távora Vítor	
VULNERABILIDADE E VIDA INDEPENDENTE.....	147
Rui Machado	
(IN)SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA DO DIREITO DA FAMÍLIA E DO DIREITO DAS SUCESSÕES ÀS NECESSIDADES DOS ADULTOS ESPECIALMENTE VULNERÁVEIS	157
Rute Teixeira Pedro	

NOTA INTRODUTÓRIA

1. Realizou-se no passado dia 17 de abril de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto o Seminário “*Autonomia e Capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*”, um encontro organizado pelo projeto *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto* da linha de Investigação Novos Direitos do Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP.

O Colóquio realizou-se no âmbito do referido projeto, financiado pela FCT (Projeto FCT UID 443_CIFE), e do projeto para 2018/2022. Em extrema síntese, o projeto visa refletir sobre os direitos fundamentais em contexto de diversidade. Partindo de uma compreensão pluralista do Direito constitucional que há-de contribuir para cimentar uma sociedade inclusiva, a proteção hodierna dos direitos fundamentais enfrenta desafios decorrentes das tensões entre unidade e diversidade e das exigências de proteção acrescida em caso de vulnerabilidades múltiplas e não raro cruzadas. Aliás, estas tensões (ao nível da previsão e da aplicação, *v.g.* judicial) revelam-se não apenas no seio do Estado social e culturalmente diversificado, mas também para além das suas fronteiras, atenta a rede complexa de internormatividade e a realidade da produção multinível do Direito. Trata-se aqui de discutir e analisar os problemas específicos de grupos vulneráveis que reclamam a consideração específica do princípio da igualdade e a consideração de um – eventualmente genérico - dever de cuidado cometido ao Estado, apontando-se aqui três pressupostos base da reflexão a empreender:

- a) A consideração da proteção da vulnerabilidade e do dever de “cuidado” como tarefas do Estado;
- b) A discussão das relações entre vulnerabilidade e estereotipo, no que tange à previsão e à aplicação de normas estaduais;
- c) A relevância da discriminação, designadamente múltipla/interseccional.

Um dos eixos de desenvolvimento em causa é precisamente o da Autonomia e capacitação (Deficiência e Idosos).

2. Assim, aproveitando o contexto de modificação do Direito constituído em especial com a discussão dos novos regimes de proteção dos cidadãos com capacidade diminuída e com a apresentação da proposta de lei 110/

XIII sobre o ‘maior acompanhado’ e a reconfiguração dos institutos da interdição e inabilitação, foi abordada a estrutura principiológica em causa, bem como a perspetiva de prática apoiada e em especial:

a) Vulnerabilidade e cuidado

Discriminação múltipla, vulnerabilidade e estereótipos; o dever de cuidado: elementos de Direito comparado quanto à matéria da interdição/inabilitação; vulnerabilidade e vida independente; vulnerabilidade e capacidade de gozo/exercício à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto.

b) Vulnerabilidade e autodeterminação

Análise crítica do futuro processo judicial para “acompanhamento de maior”; autodeterminação *versus* interdição e realidade sócio-jurídica portuguesa; autonomia e interdição/inabilitação; diretivas antecipadas de vontade e procurador de cuidados de saúde e novo regime de “maior acompanhado”; os novos regimes de proteção das pessoas com capacidade diminuída.

c) Vulnerabilidade e proteção

O reconhecimento da necessidade e proporcionalidade como critérios delimitadores das medidas de apoio e proteção do maior acompanhado; a tutela patrimonial dos cidadãos portadores de deficiência; a (in)suficiência da resposta dos direitos da família e das sucessões às necessidades de maiores incapazes (*de iure* ou *de facto*).

3. O Seminário deu uma outra concretização ao anterior estabelecimento de rede de discussão entre académicos com afiliações a instituições várias, portuguesas e estrangeiras – membros da magistratura, Centro de Vida Independente, Associação do Porto de Paralisia Cerebral, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Universidade de Aveiro e Universidade Católica Portuguesa - que se têm dedicado ao debate do enquadramento jurídico e bioético no âmbito do projecto de investigação *supra* mencionado.

É a presente publicação um precipitado deste *iter*, coligindo-se os trabalhos doutrinários que visam permitir a disseminação deste conhecimento.

Prof. Doutora Luísa Neto, FDUP e CIJE

Prof. Doutora Anabela Costa Leão, FDUP e CIJE

ANÁLISE CRÍTICA DO FUTURO PROCESSO JUDICIAL PARA “ACOMPANHAMENTO DE MAIOR”

CRITICAL ANALYSIS OF THE FUTURE JUDICIAL PROCESS FOR “ADULT ACCOMPANIMENT”

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho*

RESUMO

O regime civil anterior previa situações em que, devido a algumas deficiências físicas ou mentais, a capacidade de exercício de direitos era limitada, no próprio interesse do incapaz. Com efeito, quando as pessoas não se encontrassem em condições de reger a sua pessoa e os seus bens, ou apenas os seus bens, poderia ser judicialmente solicitada a aplicação, respetivamente, dos regimes da interdição e da inabilitação, com vista a proteger os interesses do incapaz. No entanto, este regime não satisfazia as exigências da especificidade dos problemas das pessoas com capacidade diminuída, estando longe de proporcionar boas soluções. Neste enquadramento, surgiu a proposta de lei n.º 110/XIII, que deu origem à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que “cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação” e que instituiu o novo processo judicial de acompanhamento de maior, cuja análise crítica realizamos neste artigo.

PALAVRAS CHAVE - MAIOR, ACOMPANHAMENTO, PROCESSO JUDICIAL

ABSTRACT

The previous civil regime provided for situations in which, due to some physical or mental deficiencies, the capacity to exercise rights was limited, in the interests of the incapable. When people were not in a position to govern their person and their property or only their property, the application of the interdiction and incapacitation regimes could be judicially requested in order to protect the interests of the incapable.

However, this scheme did not meet the requirements of the specificity of the problems of people with diminished capacity and is far from providing good solutions. In this framework, Law 110 / XIII was proposed, which gave rise to Law no. 49/2018, of 14th of August, that “establishes the legal system of the adult accompanied, eliminating legal institutes of interdiction and incapacitation” and instituted the new judicial process of adult accompaniment, whose critical analysis we carry out in this article.

KEY WORDS - ADULT, ACCOMPANIMENT, JUDICIAL PROCESS

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto e o processo de acompanhamento de maior* 3. *Breves conclusões*

* ana.s.carvalho@juizes-cstaf.org.pt Investigadora Colaboradora do Centro de Investigação Jurídico-Económica, Universidade do Porto, Portugal. Juíza de Direito dos Tribunais Administrativos e Fiscais, atualmente a exercer funções no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto.

1. Introdução

A pessoa humana viva tem o estatuto jurídico de pessoa jurídica (cf. n.º 1 do artigo 66.º do Código Civil¹, doravante C.C.), consistindo a personalidade jurídica na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas”². Esta afirmação básica e simples não é descabida de intencionalidade. Na verdade, dada a existência de diversas capacidades mentais e físicas, vemos, no dia-a-dia, alguns serem tratados não como sujeitos de direito³, mas como verdadeiros objetos de direito⁴, o que não é compatível com o seu estatuto jurídico de pessoa, devendo ser tomadas medidas nesta matéria.

À personalidade jurídica “é inerente a capacidade jurídica ou capacidade de gozo de direitos”⁵ - cf. artigo 67º do C.C.⁶. Além da capacidade de gozo de direitos, a pessoa tem também a capacidade de exercício dos mesmos, também chamada capacidade de agir, que se traduz na “idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado”⁷.

O regime civil anterior previa situações em que, devido a algumas deficiências físicas ou mentais, a capacidade de exercício de direitos era limitada, no próprio interesse do incapaz. Com efeito, quando as pessoas não se encontrassem em condições de reger a sua pessoa e os seus bens, ou apenas os seus bens, poderia ser judicialmente solicitada a aplicação, respetivamente, dos regimes da interdição e da inabilitação (artigos 138.º e ss. do Código Civil), com vista a proteger os interesses do incapaz. Nestes casos, após avaliação e decretamento judicial, seria nomeado um tutor ou um curador, respetivamente. O tutor substituíria o incapaz na prática dos atos, o curador auxiliava o incapaz a praticar os atos.

No entanto, este regime geral não satisfazia as exigências da especificidade dos problemas das pessoas com capacidade diminuída, estando longe de proporcionar boas soluções. Com efeito, verificava-se que “[o]s processos de interdição e inabilitação são morosos, implicam, por vezes, pesados custos; têm cariz estigmatizante; não cobrem situações de incapacidade temporária, ainda que se trate de incapacidade temporária grave. No caso

¹ Nos termos deste artigo, a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.

² CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra, 2005, p. 201.

³ “Sujeitos de direito são os entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas. São sujeitos de direito as pessoas, singulares e colectivas.” (Pinto, 2005, p. 193).

⁴ “Objeto da relação jurídica é aquilo sobre que incidem os poderes do titular activo da relação.” (Pinto, 2005, p. 189).

⁵ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria*, p. 220.

⁶ Nos termos deste artigo, a capacidade jurídica consiste na possibilidade de ser sujeito de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário.

⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria*, p. 221.

da inabilitação, visa-se mais a protecção do património do que a protecção da pessoa do incapaz. No caso da interdição, o mecanismo de protecção é a tutela, inspirada num meio de suprir as responsabilidades parentais que é pouco flexível. Na verdade, a interdição e a inabilitação são institutos excepcionais que urgem ser revistos, porque valorizam pouco a autonomia das pessoas com capacidade diminuída, sejam elas ou não idosas. A interdição e a inabilitação colidem com a chamada doutrina da alternativa menos restritiva, segundo a qual a protecção se deve fazer de uma forma que respeite ao máximo a autonomia da pessoa em apreço, que afecte o menos possível os seus direitos fundamentais”⁸.

Acresce que, no âmbito deste regime das incapacidades, haviam sido reclamadas alterações, pois existiam várias situações merecedoras de protecção a que o regime civil anterior não dava resposta. A título exemplificativo, refiram-se no âmbito da protecção das pessoas em situação de perda de capacidades cognitivas, nomeadamente Alzheimer, pois o sujeito poderá passar a praticar atos dos quais não têm consciência, além de limitações exclusivamente físicas impeditivas também da regência de pessoas e bens/apenas bens.

No entanto, e apesar de várias discussões, pedidos e projetos de lei nesse sentido, até há bem pouco tempo, Portugal ainda não havia implementado de forma efetiva na sua legislação civil a recomendação do Conselho da Europa sobre Princípios em Matéria de Protecção Legal dos Incapazes Adultos [Recomendação n.º R (99) 4, do Conselho da Europa, adotada pelo Comité de Ministros em 23 de fevereiro de 1999], bem como não havia adaptado a sua legislação nesta matéria à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho.

Esta Convenção representa uma autêntica revolução na matéria que “costuma sintetizar-se na passagem de um modelo de substituição na tomada de decisões, que parte da configuração tradicional do sistema de incapacitação, a um novo modelo de apoio ou assistência na tomada de decisões que trata de tornar real a igualdade das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica”⁹.

No artigo 12.º, n.º 2 da mesma Convenção, prevê-se que “Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida”. Trata-se da capacidade jurídica na sua dupla vertente de capacidade de gozo e de exercício de direitos.

O conflito deste princípio da capacidade jurídica das pessoas com deficiência com as anteriores regras nacionais da interdição bem como com o disposto em matéria de capacidade matrimonial, capacidade para perfilhar e capacidade para testar parecia ser claro. A doutrina tinha apontado este desfazimento do Código Civil face a regras que lhe são hierarquicamente superiores, bem como a necessidade de proceder ao ajustamento

⁸ JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, 2011, p. 415.

⁹ PATRICIA CUENCA GÓMEZ, El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 10, 2012, p. 62.

do anterior regime vigente em face de um princípio da menor ingerência na esfera da pessoa com capacidade diminuída e da maximização da sua autonomia. Com efeito, “a autonomia deve ser preservada mesmo em situações clínicas que implicam uma perda progressiva de capacidades, como é o caso das demências (situação clínica frequentemente implicada nos processos de interdição e inabilitação). Uma das recomendações da Associação Americana de Demência de Alzheimer é justamente a conservação da autonomia, referindo mesmo que «é obrigatório proteger uma pessoa com demência das consequências gravemente nocivas (da sua doença), mas é igualmente obrigatório respeitar as suas decisões competentes»¹⁰.

Foi neste enquadramento que surgiu a proposta de lei n.º 110/XIII, que deu origem à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que “cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966”, lei que entrará em vigor 180 dias após a sua publicação, nos termos do n.º 1 do seu artigo 25.º.

2. A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto e o processo de acompanhamento de maior

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, implementa um regime de acompanhamento, no artigo 138.º do C.C. que dispõe o seguinte: “O maior impossibilitado, por razões de saúde, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.”

O preceito “evita referir anomalias psíquicas, surdez-mudez e cegueira; ficam as razões de saúde, a indagar e a valorar pelo Tribunal. As razões comportamentais podem abranger o alcoolismo, a tóxico-dependência ou a prodigalidade. Também aqui qualquer enumeração, que seria sempre insuficiente ou delicada (pense-se na dependência de jogos de vídeo, na adesão a seitas ilegais com práticas perigosas para o próprio ou a radicalização político-militar), surge dispensável. Também não se vê como exigir “habitualidade” ou “durabilidade”: tudo depende de cada situação.”¹¹. Por exemplo, “[e]m muitas doenças mentais, inclusivamente em situações graves como a esquizofrenia ou a doença bipolar, observa-se um curso flutuante, com períodos de exacerbação, onde a capacidade de governar a sua pessoa e bens pode estar seriamente comprometida, e períodos de estabilização, onde a doença pode não interferir decididamente e de um ponto de vista médico com a capacidade de gestão do próprio e do seu património”¹². Parece assim ter sido ultrapassada a não inclusão das situações em que a capacidade diminuída era transitória, o que consubstanciava uma dificuldade da anterior legislação.

¹⁰ SOFIA MARQUES E FERNANDO VIEIRA, Proteção da autonomia na incapacidade — novas exigências ao regime jurídico português, *Julgar*, n.º 34, 2018, p. 65.

¹¹ “Da situação jurídica do maior acompanhado — Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, pp. 117 e 118.

¹² SOFIA MARQUES E FERNANDO VIEIRA, Proteção, pp. 67 e 68.

“O acompanhamento é apresentado como um benefício e nunca como uma sujeição”¹³, é decidido pelo Tribunal, após audição pessoal e direta do beneficiário, e ponderadas as provas, nos termos do artigo 139.º do Código Civil. Entende-se que “(...) apenas o Tribunal pode optar pelo acompanhamento, seja qual for o seu grau. (...)”

O juiz deve ter um contacto com o visado; se este não puder falar e /ou não se puder deslocar ao Tribunal, o juiz visitá-lo-á onde quer que esteja. Esse contacto é decisivo (...)”¹⁴, o que se veio a prever especificamente no n.º 2 do artigo 897.º do Código de Processo Civil (doravante C.P.C.), que assim dispõe: “Em qualquer caso, o juiz deve proceder, sempre, à audição pessoal e direta do beneficiário, deslocando-se, se necessário, ao local onde o mesmo se encontre.”. Foi assim revisto o regime anteriormente previsto no artigo 896.º do C.P.C. que fazia depender o interrogatório do requerido de ter havido contestação.

O acompanhamento destina-se a assegurar o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício de todos os direitos do maior necessitado e o cumprimento dos seus deveres nos termos do n.º 1 do artigo 140.º do Código Civil. Não deve ter lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e assistência que no caso caibam, consagrando-se assim a regra da supletividade, prevista no n.º 2 do artigo 140.º do Código Civil. Têm-se aqui em vista, “em primeira linha, os artigos 1674.º e 1675.º do Código Civil; mas admite-se que eles possam resultar de outra fonte; seria ideal que estivessem em causa as situações das pessoas que vivam em economia comum (Lei n.º 6/2001, de 11 de maio) e em união de facto (Lei n.º 7/2001, de 11 de maio); infelizmente, os competentes regimes não consagram expressamente os deveres de cooperação e de assistência, embora se chegue lá pela boa-fé.”¹⁵.

Segundo Diogo Leite de Campos, os deveres de assistência e cooperação integram *o ser para com os outros*, traduzindo a comunhão de vida, a disponibilidade constante de cada um para com os outros, colocando em comum a vida, o tempo e o espaço, no fundo *ser com os outros*¹⁶.

Sobre o dever de auxílio, este é parte integrante do conceito de cooperação, na aceção dada pelo artigo 1672.º do Código Civil, pelo que um dos desdobramentos do dever de cooperação, a par da assunção das responsabilidades inerentes à vida familiares por ambos os cônjuges, é a obrigação de socorro e auxílio mútuo. No que concerne a esta obrigação, uma primeira distinção de ordem literal cumpre ser feita, reportando-se o socorro às situações de crise, urgentes e anómalas, e os auxílios mútuos às adversidades do quotidiano, como a doença ou as vulnerabilidades decorrentes da velhice. O dever de cooperação traduz ainda a obrigação de zelar pela vida e saúde do familiar, implicando uma postura ativa, de prevenção e proteção face àquele.¹⁷

¹³ Da situação jurídica do maior acompanhado, pp. 117 e 118.

¹⁴ Da situação jurídica do maior acompanhado, pp. 117 e 118.

¹⁵ Da situação jurídica do maior acompanhado, p. 119.

¹⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)*, in *Celebrações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra, 2004, p. 47.

¹⁷ ANDREIA JOANA MORRIS MENDES, *Direito ao Envelhecimento — perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos*, Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, Braga, 2012, p. 60.

Quanto ao dever de assistência, este tem uma natureza patrimonial, correspondendo à obrigação de prestação de alimentos e à obrigação de contribuição para os encargos familiares (neste último caso será necessária a coabitação dos familiares, pertencentes ao mesmo agregado familiar)¹⁸.

Uma questão a pensar, em geral, é a das consequências jurídicas da violação dos deveres de auxílio e assistência. Embora se possa pensar desde logo em responsabilidade civil e criminal, nem sempre a violação dos deveres em relação a ascendentes ou equiparados se afigura tão líquida, não sendo sequer debatida doutrinariamente, como lembra Andreia Mendes¹⁹. Nesta matéria e para reflexão posterior, é importante ter por base, desde logo, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, permitindo a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil às relações conjugais, verificada a rutura do vínculo, em razão da violação de deveres familiares, nos termos do artigo 1792.º do Código Civil, assim como a criminalização da violação da obrigação de alimentos.

Deve-se problematizar ainda a questão relacionada com o uso abusivo da figura da gestão de negócios em nome da pessoa com capacidade diminuída, quando poderia ser importante fixar medidas próprias de acompanhamento. Com efeito, no regime anterior “face à verificação de incapacidade de facto do idoso, o vínculo familiar ou a relação de prestação de cuidados ao idoso não legitimam qualquer intervenção. Para tal, é necessária a sua confirmação judicial, a qual tomará em consideração o estado de saúde da pessoa, aferindo do seu grau de autonomia e de limitação, nomeando uma terceira pessoa com legitimidade para representar ou assistir o protegido, dessa forma se efectivando o suprimento da vontade. Uma intervenção ilegítima representará uma violação do dever de respeito e do princípio da autonomia a que se encontram sujeitos os membros familiares.”²⁰. Segundo Diogo Leite de Campos, o dever de respeito “situa-se no *ser*. Cada um deve reconhecer no outro um ser diferente que há que respeitar, que aceitar. Em termos de não o coagir, nem sequer o tentar mudar, mas estar disponível para ele tal como é e de o amar assim.”²¹.

Cumpra perguntar: será que com o novo regime jurídico as pessoas necessitadas de apoio ficarão à mercê dos seus familiares atendendo ao regime supletivo do acompanhamento?

O Conselho Superior de Magistratura chamou a atenção para o facto de que a supletividade prevista “parece esquecer a posição jurídica daqueles que se relacionam juridicamente com o necessitado de assistência, quer familiares quer terceiros contratantes.

Por outro lado, tal supletividade não pode fazer esquecer que, muitas vezes, não são cumpridos aqueles deveres de cooperação e de assistência, sem que a generalidade da sociedade e especificamente, as instituições de segurança social e os tribunais (aqui em sentido lato) se apercebam desse incumprimento.

Os conflitos e divergência de interesses dentro de cada família, muitas vezes agudizados pela existência de património mais ou menos elevado e pelo aumento do período

¹⁸ ANDREIA JOANA MORRIS MENDES, *Direito ao Envelhecimento*, p. 64.

¹⁹ ANDREIA JOANA MORRIS MENDES, *idem*, p. 73.

²⁰ ANDREIA JOANA MORRIS MENDES, *ibidem*, p. 99.

²¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)*, p. 47.

de vida dos cidadãos, melhor serão resolvidos em sede judicial, onde, com a calma do tempo e com a seriedade do profissionalismo, se acautelam e garantem os direitos do beneficiário do acompanhamento.”²².

O n.º 1 do artigo 141.º do C.C. prevê que o acompanhamento é requerido pelo próprio ou, mediante autorização deste, pelo cônjuge, pelo unido de facto, por qualquer parente sucessível ou, independentemente de autorização, pelo Ministério Público. Este consentimento poderá ser suprido pelo Tribunal, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, o que nos parece uma solução razoável atendendo a que haverá casos em que o maior não o poderá prestar atendendo à sua incapacidade de facto. Com efeito, já a jurisprudência sobre o artigo anterior na matéria considerava que “a legitimidade concedida às pessoas incluídas no círculo definido no (...) artº 141º do C. Civil não é a expressão ou reflexo dum direito ou interesse próprio de tais pessoas.

Dito de outra forma, não é o direito ou o interesse próprio de tais pessoas que justifica que lhes seja atribuída, pela lei, legitimidade para instaurar a acção de interdição.

Antes, o único direito ou interesse próprio que está em causa na acção de interdição respeita ao requerido que é o beneficiário do pedido (...)”²³.

O acompanhante, maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, sendo designado judicialmente (n.º 1 do artigo 143.º do C.C.). Na falta de escolha, é deferido à pessoa cuja designação melhor salvguarde o interesse imperioso do beneficiário (n.º 2 do artigo 143.º do C.C.), nomeadamente à pessoa indicada pela instituição em que o acompanhado esteja integrado [n.º 2, al. g) do mesmo artigo], podendo ademais ser designados vários acompanhantes com diferentes funções, especificando-se as atribuições de cada um (n.º 3 do referido artigo).

O artigo 145.º é o artigo mais importante deste regime, traduzindo a mudança de paradigma e instituindo a regra básica da proporcionalidade, assente no *minimum* necessário²⁴. Passamos agora a transcrevê-lo:

“Artigo 145.º

Âmbito e conteúdo do acompanhamento

1. O acompanhamento limita-se ao necessário.
2. Em função de cada caso e independentemente do que haja sido pedido, o tribunal pode cometer ao acompanhante algum ou alguns dos regimes seguintes:
 - a) Exercício das responsabilidades parentais ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias;
 - b) Representação geral ou representação especial, com indicação expressa, neste caso, das categorias de atos para que seja necessária;
 - c) Administração total ou parcial de bens;
 - d) Autorização prévia para a prática de determinados atos ou categorias de atos;

²² Parecer do Conselho Superior de Magistratura sobre a proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação, pp. 34 e 35.

²³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.09.2013, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

²⁴ Da situação jurídica do maior acompanhado, p. 123.

- e) Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas.
- f) Os atos de disposição de bens imóveis carecem de autorização judicial prévia e específica.
- g) A representação legal segue o regime da tutela, com as adaptações necessárias, podendo o tribunal dispensar a constituição do conselho de família.
- h) À administração total ou parcial de bens aplica-se, com as adaptações necessárias, o disposto nos artigos 1967.º e seguintes.”.

Na interpretação deste artigo deve-se ter em conta que “Mau grado a opção pelo regime do acompanhamento, não há como evitar a substituição, pelo poder parental, pela tutela ou por representações seletivas: recordamos os deficientes profundos, as pessoas em coma dépassé ou os dementes terminais; insistir, aí, num “mero acompanhamento” seria uma fachada dispensável.

(...) A administração de bens pode ser útil quando esteja em causa a gestão complexa de patrimónios.

(...) Nas intervenções de outro tipo podem conter-se, de acordo com as realidades atuais, o acesso a informação bancária, a intervenção para certas operações bancárias ou mobiliárias e a guarda de objetos valiosos ou preciosos.

(...) Em todos os casos, como é da natureza das coisas, cabe ao tribunal decidir, sempre com a maior prudência.”²⁵

Extremamente importante é também o artigo 147.º do C.C. que prevê que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário, sendo pessoais, entre outros, os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar. Este preceito pretende acolher com visibilidade os termos da Convenção de Nova Iorque de 2007²⁶.

Vejamos agora em particular a tramitação relativa ao processo de acompanhamento de maior.

Nos termos do n.º 1 do artigo 891.º do C.P.C., “[o] processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.”.

A natureza urgente do processo configura uma inovação (passando os prazos do mesmo a correr durante as férias judiciais — cf. n.º 1 do artigo 138.º do C.P.C.), bem como a aplicação de algumas regras dos processos de jurisdição voluntária. Com efeito, distingue-se, em matéria processual, entre processos de jurisdição contenciosa e processos de jurisdição voluntária. Tal diferença é assumida pelo próprio processo civil, que, no livro V, referido a processos especiais, dedica um título aos processos de jurisdição voluntária (título XV, artigos 986.º e ss.). Trata-se de processos com grande diversidade interna entre si, mas que tomam como elementos comuns a circunstância de se guiarem por crité-

²⁵ Da situação jurídica do maior acompanhado, p 123.

²⁶ *Idem*, p. 124.

rios de julgamento diferentes dos processos de jurisdição contenciosa. A diretriz comum aos processos de jurisdição voluntária é a preocupação em garantir que o tribunal se guie por critérios de razoabilidade e de oportunidade, chegando às soluções mais convenientes. Tome-se a título de exemplo os processos relativos ao suprimento de consentimento (artigos 1000.º e 1001.º do C.P.C.).

São três as principais características deste tipo de jurisdição que vão ter aplicação no processo de acompanhamento de maior:

- O princípio da liberdade de investigação dos factos (previsto no n.º 2 do artigo 986.º do C.P.C.): nos processos de jurisdição voluntária, o juiz não está adstrito aos concretos factos que hajam sido alegados pelas partes, podendo conhecer de outros factos que possam importar para uma adequada apreciação da providência que lhe é solicitada;
- O critério de julgamento (artigo 987.º do C.P.C.): o julgador não está adstrito a critérios de legalidade estrita, podendo tomar a decisão que entenda mais conveniente e oportuna para o caso;
- A possibilidade de modificabilidade das providências antes decretadas (n.º 1 do artigo 988.º do C.P.C.). Esta característica resulta também do n.º 1 do artigo 149.º do C.C., segundo o qual o acompanhamento cessa ou é modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram, podendo os efeitos da decisão (nos termos do n.º 2 do mesmo artigo) retroagir à data em que se verificou a cessação ou modificação aí referidas.

No requerimento inicial do processo de acompanhamento de maior (artigo 892.º do C.P.C.) deve o requerente:

- “a) Alegar os factos que fundamentam a sua legitimidade e que justificam a proteção do maior através de acompanhamento;
 - b) Requerer a medida ou medidas de acompanhamento que considere adequadas;
 - c) Indicar quem deve ser o acompanhante e, se for caso disso, a composição do conselho de família;
 - d) Indicar a publicidade a dar à decisão final;
 - e) Juntar elementos que indiciem a situação clínica alegada.
2. Nos casos em que for cumulado pedido de suprimento de autorização do beneficiário, deve o requerente alegar os factos que o fundamentam.”.

Nos termos do artigo 893.º do C.P.C., é o juiz que decide, em face do caso, que tipo de publicidade deve ser dada ao início, ao decurso e à decisão final do processo, podendo determinar quando necessário a publicação de anúncios em sítio oficial a regulamentar por portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça. Este sítio oficial seria para os casos mais graves, destinando-se a visitas de agentes especializados²⁷.

Esta alteração deve-se à consideração da inadequação do anterior artigo 892.º do C.P.C. que se referia a afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido e anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial. Entende-se que este tipo de publicidade pode ser vexatório para o visado e para

²⁷ Cf. Da situação jurídica do maior acompanhado, p. 147.

os seus próximos, tendo muitas interdições ficado por decretar pelo desincentivo que este tipo de publicidade representava²⁸.

Ao requerimento inicial segue-se a citação do beneficiário para responder no prazo de 10 dias quando o mesmo não seja o requerente da medida (artigos 895.º e 896.º do C.P.C.). Se a citação não produzir efeitos, nomeadamente em virtude de o beneficiário se encontrar impossibilitado de a receber, ou no caso de falta de resposta, aplica-se o disposto no artigo 21.º do C.P.C., ou seja, será citado o Ministério Público para sua defesa.

Em qualquer caso, como já se adiantou neste artigo, o juiz deve proceder, sempre, à audiência pessoal e direta do beneficiário, deslocando-se, se necessário, ao local onde o mesmo se encontrar (n.º 2 do artigo 897.º do C.P.C.). Este preceito, como já vimos, pretende superar o anterior artigo 896.º do C.P.C. que previa a existência de um interrogatório do requerido, mas apenas nos casos de ações contestadas.

Findos os articulados, o juiz analisa os elementos juntos pelas partes, pronuncia-se sobre a prova por elas requerida e ordena as diligências que considere convenientes, podendo, designadamente, nomear um ou vários peritos (n.º 1 do artigo 897.º do C.P.C.). Esta norma traz também mudanças relativamente ao processo anterior em que era obrigatória a realização de um exame pericial (salvo na prodigalidade).

O Conselho Superior de Magistratura²⁹ considerou no seu parecer que a elaboração do relatório pericial se mostra indispensável à justa, adequada, imparcial e objetiva decisão, devendo o mesmo ser efetuado no âmbito dos autos pelos centros médico-legais a quem está atribuída tal tarefa.

Nos termos do atual artigo 899.º do C.P.C., apenas

“1. Quando determinado pelo juiz, o perito ou os peritos elaboram um relatório que precise, sempre que possível, a afeção de que sofre o beneficiário, as suas consequências, a data provável do seu início e os meios de apoio e de tratamento aconselháveis.

2. Permanecendo dúvidas, o juiz pode autorizar o exame numa clínica da especialidade, com internamento nunca superior a 1 mês e sob responsabilidade do diretor respetivo, ou ordenar quaisquer outras diligências.”.

Reunidos os elementos necessários, o juiz designa o acompanhante e define as medidas de acompanhamento, nos termos do artigo 145.º do Código Civil e, quando possível, fixa a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes (n.º 1 do artigo 900.º do C.P.C.). O juiz pode ainda designar um acompanhante substituto, vários acompanhantes e, sendo o caso, o conselho de família (n.º 2 do artigo 900.º do C.P.C.).

Da decisão relativa à medida de acompanhamento cabe recurso de apelação (artigo 901.º do C.P.C.).

Outra mudança significativa é que a morte do beneficiário extingue a instância (n.º 1 do artigo 904.º do C.P.C.). Tal deve-se à nova natureza do instituto, que se destina a acautelar os interesses do beneficiário.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Parecer do Conselho Superior de Magistratura, p. 48.

O Conselho Superior de Magistratura³⁰, no seu parecer, não acompanhou esta opção pela extinção da instância, entendendo que o processo deveria ser aproveitado para averiguação da afeção sofrida pelo requerido, desde que as diligências realizadas se mostrassem úteis à formulação daquele juízo, pois entendeu que o desaproveitamento da audição pessoal do requerido e do exame pericial carecia de qualquer justificação.

3. Breves conclusões

Através da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, os institutos da interdição e da inabilitação foram substituídos pelo regime jurídico do maior acompanhado, de forma a garantir uma maior proporcionalidade nas medidas de apoio relativamente às concretas necessidades da pessoa com capacidade diminuída.

O princípio da menor intervenção na esfera da pessoa maior carecida de apoio ou assistência deverá ser assegurado através da sentença judicial que irá configurar em concreto, “à medida”, a extensão da incapacidade e os contornos do seu suprimento, parecendo para tal essencial, além da audição do requerido, a realização de um exame pericial, o que deverá implicar o reforço de meios materiais e humanos nos centros médico-legais, de modo a permitir uma correta e eficaz implementação das medidas de acompanhamento.

Caberá à prática judiciária o desafio de moldar todos os dias as medidas de suprimento da incapacidade de maiores, apuradas as especificidades de cada situação. Os julgadores deixam de estar balizados por modelos pré-fixados, devendo apreciar os pontos exatos em que o beneficiário necessita de acompanhamento. Apesar de se tratar de tarefa mais complexa do que a exigida pelo regime anterior, confiamos que estarão à altura do desafio!

³⁰ Parecer do Conselho Superior de Magistratura, p. 50.

VULNERABILIDADE(S), DISCRIMINAÇÃO E ESTEREÓTIPOS

VULNERABILITY, DISCRIMINATION AND STEREOTYPING

Anabela Costa Leão*

RESUMO

Este texto visa discutir alguns conceitos operatórios transversais a todo o projeto CIJE-FDUP “Vulnerabilidade e diversidade”, quais sejam os de vulnerabilidade (e grupos vulneráveis), igualdade e discriminação (nas suas várias aceções, designadamente, múltipla, interseccional, positiva) e estereótipo, explorando se e em que medida podem aplicar-se e servir como instrumentos ao serviço de uma inclusão efetiva de grupos e pessoas vulneráveis, ainda que em situação diferenciada, desde requerentes de asilo e membros de minorias culturais e sociais a portadores de graus diversos de incapacidade, idosos e mulheres. Trata-se de conceitos fundamentais no contexto de uma teoria da justiça capaz de fundamentar um Estado comprometido com o respeito pelos direitos humanos e fundamentais e com a efetivação da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS CHAVE — VULNERABILIDADE, IGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO, DISCRIMINAÇÃO MÚLTIPLA, ESTEREÓTIPO

ABSTRACT

The present article aims at discussing some operative concepts that are transversal to the whole project CIJE-FDUP “Vulnerability and diversity”, such as vulnerability (and vulnerable groups), equality and discrimination (in its multiple configurations, namely multiple, intersectional and positive discrimination) and stereotype, exploring whether they can serve as instruments for the effective inclusion of vulnerable groups and individuals, albeit in a different situation, from asylum seekers and members of cultural and social minorities to persons with disabilities, the elderly and women. These are fundamental concepts in the context of a theory of justice that sustains a State committed to human and fundamental rights and to human dignity.

Key Words — VULNERABILITY, EQUALITY, DISCRIMINATION, MULTIPLE DISCRIMINATION, STEREOTYPE

SUMÁRIO: 1. *Vulnerabilidade(s)*; 2. *Pessoas e/ou grupos vulneráveis?* 3. *Vulnerabilidade e direitos humanos*; 4. *Vulnerabilidade e estereótipos*; 5. *Concluindo: Igualdade complexa, dignidade e cidadania*.

* aleao@direito.up.pt. Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP.

1. Vulnerabilidade(s)¹

Na sua contribuição para o *Relatório 2014 do PNUD sobre o Desenvolvimento Humano*, Stephen Hawking alertava para a intrínseca vulnerabilidade do universo e da humanidade, e para o facto de, não obstante as grandes descobertas científicas que, como a penicilina ou a eletricidade, ajudaram a combater a vulnerabilidade e a construir sociedades mais resilientes, subsistirem pessoas vulneráveis e grupos vulneráveis, entre os quais as pessoas incapacitadas, com as questões morais e de justiça social que tal necessariamente convoca².

Com efeito, a realidade diversa da vulnerabilidade impõe-se às teorias da justiça (social) e dos deveres do Estado, que têm de levá-la em conta, como sustenta Martha Fineman³, no pressuposto de que o Estado deve ser *responsivo*, e responsável, perante a vulnerabilidade, ainda que as formas de resposta não estejam pré-determinadas. O conceito de vulnerabilidade é, todavia, vago, impreciso, ambíguo e mesmo paradoxal⁴.

Associamos, em regra, a vulnerabilidade à exposição ao sofrimento ou ao risco, e identificamos consequentemente alguns grupos — mulheres, idosos, crianças, migrantes, refugiados, portadores de incapacidade — como “sujeitos” e “grupos” vulneráveis. Tal sugere a vulnerabilidade como um estado de exceção, que se contraporía à situação dita “normal”, de hipotética não vulnerabilidade. Porém, num *sentido radical*, todos os seres humanos são vulneráveis, e não apenas os grupos tradicionalmente qualificados como tal, porque a condição humana é uma condição de vulnerabilidade. Com efeito, nas palavras de Fernando Arlettaz e Maria Teresa Palacios Sanabria, “[t]odos os indivíduos e todos os grupos são vulneráveis perante a morte, a enfermidade, a solidão ou a incompreensão”⁵ ou, mais radicalmente, como nota Carmen Magallón Portolés, “[u]m ser que é dependente desde o seu nascimento, incapaz de sobreviver por si mesmo, submetido ao risco constante de contrair doenças ou encontrar-se em situações agres-

¹ O texto que aqui se apresenta corresponde, com ligeiras alterações, à comunicação apresentada no Seminário “Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência”, organizado pelo CIJE — FDUP no âmbito do Projeto Vulnerabilidade e Diversidade, e que teve lugar no dia 17 de abril de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Excerto da contribuição de Stephen Hawking para o *2014 Human Development Report “Sustaining Human progress Reducing Vulnerabilities and Building Resilience”*, disponível em <http://hdr.undp.org/en/content/disability-and-vulnerability-0>.

³ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, Vulnerability and Inevitable Inequality, *Oslo Law Review*, 4, 2017, pp. 133-149, The vulnerable subject and the responsive State, *Emory Law Journal*, 60, 2010, pp. 251 ss.

⁴ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11, 4, 2013, pp. 1056–1085, p. 1059.

⁵ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, Introducción, in *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, 2015, pp. xiii-xiv. (tradução nossa).

sivas inesperadas e a quem tarde ou cedo espera a morte, é um ser vulnerável”⁶. Em consequência, todas as sociedades procuram, de uma forma ou de outra, responder essa vulnerabilidade⁷.

Esta perspetiva da vulnerabilidade, enfatizada por exemplo nos trabalhos de Martha Fineman ou de Martha Nussbaum, é muito importante, pois deixa de ver a vulnerabilidade como a exceção, ou como uma característica de determinadas pessoas ou grupos, por exemplo os idosos, os portadores de deficiência, as minorias étnicas ou as mulheres, inscrevendo a vulnerabilidade no seio da condição humana⁸. A vulnerabilidade remete, assim, para a nossa universal característica de seres expostos ao sofrimento e à suscetibilidade de sermos feridos (etimologicamente, provém do Latim *vulnus*, ferida)⁹. Todos somos vulneráveis, em maior ou menor grau, ao longo das nossas vidas — todos estamos expostos ao risco e ao sofrimento e todos somos *dependentes*, e não apenas quando nascemos. O alargamento da esperança de vida e a realidade sociodemográfica das sociedades envelhecidas torna esta afirmação ainda mais verdadeira.

Sendo um traço comum a todas as pessoas, a vulnerabilidade é *universal* — sem que isso signifique que, em função das diferentes circunstâncias, as pessoas não se encontrem em diferentes estados de vulnerabilidade, uma vez que há fatores e circunstâncias materiais ou simbólicas e culturais que geram um *vulnerabilidade acrescida*¹⁰. A par da vulnerabilidade como condição universal, avulta, por conseguinte, a condição de vulnerabilidade especial. Assentemos então, com base na definição proposta por Jorge Gracia, em que a *especial vulnerabilidade* é a vulnerabilidade associada a “pessoas, lugares ou comunidades que (a) experimentam desvantagens sociais; (b) adversidades específicas para controlar as forças que modelam o seu próprio destino ou para contrariar os seus efeitos sobre o bem-estar e, (c) incapacidade para aproveitar as oportunidades disponíveis nos diferentes âmbitos socioeconómicos para melhorar a sua situação de bem-estar ou impedir a sua deterioração”¹¹.

Esta vulnerabilidade especial (não universal ou radical) é, em maior ou menor grau, *socialmente construída*. Mesmo quando resulta de fatores biológicos — por exemplo, o sexo ou uma incapacidade — são, como nota Carmen Magallón Portolés, as perceções e interpretações sociais que incidem sobre essas realidades que constroem a vulnerabilidade¹².

Por isso, Lourdes Peroni e Alexandra Timmer salientam que o conceito de vulnerabilidade se apresenta como ferramenta crítica, ou “instrumento heurístico”, que nos per-

⁶ CARMEN MAGALLÓN PORTOLÉS, Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres, in *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, 2015, pp. 189-214, p. 189-190. (tradução nossa).

⁷ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, Introducción, pp. xiii-xiv.

⁸ Entre outros trabalhos, MARTHA ALBERTSON FINEMAN, The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition, *Yale Journal of Law & Feminism*, 20, 1, 2, 2008, pp. 1 ss.

⁹ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, Vulnerable groups, p. 1058.

¹⁰ CARMEN MAGALLÓN PORTOLÉS, Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres, p. 190.

¹¹ JORGE GRACIA IBAÑEZ, El reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores en la *sociedad edadista*. Una perspectiva española, in *Reflexiones em torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Bogotá, 2015, pp. 127-157, p.129.

¹² CARMEN MAGALLÓN PORTOLÉS, Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres, p. 190.

mite olhar para as instituições e práticas sociais e detetar as desigualdades e as vulnerabilidades existentes, e como são criadas, mantidas e reforçadas pelas instituições¹³. Apresenta simultaneamente uma dimensão descritiva e uma dimensão prescritiva, apontando o que “deve ser” ou “deve ser feito”, sendo que a passagem entre as duas dimensões nem sempre é fácil¹⁴. Dar uma resposta política e jurídica a situações de vulnerabilidade acrescida ou específica (por oposição à vulnerabilidade como condição humana universal) impõe encontrar um critério que permita determinar quais os fatores de vulnerabilidade (idade, cultura, saúde física, género,...) que são, ou devem ser, política e juridicamente relevantes¹⁵, e em que medida deverão sê-lo.

Mais recentemente, tem-se procurado expandir o conceito de vulnerabilidade além do sofrimento (particular e universal), notando que a vulnerabilidade humana gera também empatia, inovação, prazer, instituições sociais, intimidade e relações sociais¹⁶ — ou seja, notando que a vulnerabilidade também é *criadora*. Segundo Martha Fineman, esta capacidade geradora da vulnerabilidade “apresenta oportunidades para a inovação e o crescimento, a criatividade e a realização pessoal”, permitindo-nos desenvolver relações e instituições¹⁷.

Assim, a perspetiva objetiva sobre a vulnerabilidade que a representa como problema ou como “dificuldade ou impossibilidade em gerar as mudanças necessárias para sair de uma situação de carência de determinado bem”¹⁸, pode ser complementada por uma outra, que acentua a capacidade dos indivíduos e grupos para fazer frente aos riscos e desvantagens a que estão expostos, ou seja, a *resiliência*¹⁹. Para Martha Fineman, aqui se encontra a resposta crítica, mas ainda incompleta, à vulnerabilidade²⁰, no contexto de um Estado mais responsivo, e mais responsável, perante essa vulnerabilidade²¹, capaz de fornecer aos cidadãos condições para realizarem as suas capacidades pessoais tão plenamente quanto possível²².

Esta resiliência ou capacidade de resposta depende dos recursos (sociais, psicológicos, físicos,...) disponíveis²³: a dificuldade no acesso e mobilização de recursos, bem como a sua mais ou menos justa repartição, determinam diferentes capacidades de resposta e diferentes graus de vulnerabilidade face a determinados riscos²⁴. Vulnerabilidade e desenvolvimento surgem, por conseguinte, associados. É disso mesmo exemplo a abordagem do Relatório PNUD de 2014 sobre o Desenvolvimento Humano, intitulado *Sustentar o*

¹³ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1059 ss.

¹⁴ *Idem*, p. 1059.

¹⁵ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Introducción*, pp. xiii-xiv.

¹⁶ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, p. 1059.

¹⁷ *Apud* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, p. 1059 (tradução nossa).

¹⁸ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Introducción*, p. xiv.

¹⁹ *Idem*, p. xv.

²⁰ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *Vulnerability and Inevitable Inequality*, pp. 17 ss.

²¹ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject*, pp. 13 ss.

²² MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the responsive State*, p. 274.

²³ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *idem*, pp. 269 ss.

²⁴ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Introducción*, p. xv.

*Progresso Humano: reduzir as vulnerabilidades e sustentar a resiliência*²⁵, que foi especificamente dedicado à vulnerabilidade e resiliência, numa perspetiva (inovadora) de direitos humanos. Aí se associa a identificação de vulnerabilidades com a criação de condições de resposta a essas vulnerabilidades, capacitando as pessoas para fazer face às circunstâncias. Não se trata apenas de conseguir uma mais justa repartição de recursos, mas de conseguir que essa repartição permita às pessoas desenvolver as suas *capacidades* e a sua capacidade de reagir às circunstâncias, tendo presente se e em que medida as instituições facilitam, ou dificultam, essa capacidade de resposta: “[a]s instituições, estruturas e normas podem reforçar ou enfraquecer a resiliência humana. As políticas estatais e as redes comunitárias de apoio podem empoderar as pessoas para ultrapassar ameaças quando e onde elas surjam, ao passo que a desigualdade horizontal é suscetível de afetar a capacidade de resposta de grupos específicos”²⁶.

Se inscrever a vulnerabilidade no seio da natureza humana tem consequências, designadamente deixarmos de pensar a vulnerabilidade como “exceção”, não significa, contudo, que vulnerabilidade e autonomia sejam conceitos contrapostos.

É certo que o conceito de vulnerabilidade surge frequentemente na literatura como alternativa ao sujeito jurídico abstrato, individual e universal e autónomo dos sistemas jurídicos das modernas democracias ocidentais, que não reflete a realidade da condição humana, *universalizável*, que é a da vulnerabilidade²⁷. Como nota NUSSBAUM²⁸, o sujeito da teoria política liberal moderna subjacente ao contratualismo e ao constitucionalismo moderno, designadamente na sua formulação mais recente, *rawlsiana*, é o sujeito abstrato, livre e puramente racional, o que exclui sujeitos como as pessoas com deficiência, por não serem ou poderem não ser seres totalmente “*livres, iguais e independentes*” na aceção pressuposta — e isto apesar de muitas pessoas com deficiência poderem efetivamente participar na decisão política²⁹. Um dos contributos das perspetivas da vulnerabilidade universal pode ser, precisamente, o de que questionar este sujeito (jurídico) abstrato universal e o olhar para a justiça de uma forma verdadeiramente inclusiva³⁰.

²⁵ PNUD-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano, *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano. Sustentar o Progresso Humano: reduzir as vulnerabilidades e sustentar a resiliência*, 2014, disponível em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf (acesso em 30 de setembro de 2018).

²⁶ Relatório PNUD 2014, p. 2.

²⁷ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, Vulnerability and Inevitable Inequality, *passim*, e The vulnerable subject and the responsive State, pp. 262 ss.

²⁸ Apesar de achar que a teoria contratualista de RAWLS é a mais forte convincente versão do contratualismo moderno, desde logo por ter ricas dimensões morais, MARTHA NUSSBAUM considera que ela não dá resposta a problemas muito importantes, que são as suas “fronteiras”, questões que as perspetivas contratualistas têm precisamente dificuldade em resolver. Uma delas é a situação das pessoas com incapacidades. MARTHA NUSSBAUM, *Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*, Harvard, 2007.

²⁹ MARGARET URBAN WALKER, “Review of Martha Nussbaum *Frontiers of Justice*”, in *Ethics*, Volume 118, 4, 2008. Sobre a questão, também JOAQUIM CORREIA GOMES, “Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos”, *Julgar*, 2016, p. 119-151.

³⁰ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, Vulnerability and Inevitable Inequality, pp. 21 ss.

Com efeito, vulnerabilidade e autonomia não têm de ser conceitos contrapostos — bem pelo contrário.

Como escreve Martha Fineman³¹, o conceito de autonomia ligado a uma não intervenção do Estado justifica um Estado que se desinteressa da situação das pessoas e da garantia de iguais oportunidades de acesso a bens básicos, o que é central na sua concepção de igualdade. Do que se trata é de levar em conta a autonomia como ideal de aspiração, e lutar para criar condições materiais efetivas que permitam às pessoas criar opções e fazer escolhas, ou seja, exercer a sua autonomia — mas isso exige um *Estado responsivo*, não um Estado abstencionista³². A abordagem das capacidades e do limiar mínimo de capacidades que um Estado justo deve ser capaz de oferecer aos seus cidadãos para que estes tenham uma vida digna de ser vivida é, também aqui, relevante³³.

A autonomia entendida do ponto de vista da igualdade implica deveres sociais e recíprocos para com os outros e não deve ser confundida com egoísmo e egocentrismo, como escreve Martha Fineman³⁴. Por outro lado, a vulnerabilidade e a dependência devem fazer parte de qualquer teoria da justiça, que deve ocupar-se da questão de saber quem, e como, deve suportar ou partilhar o encargo da dependência em que todos, mais tarde ou mais cedo, nos encontraremos³⁵. Uma teoria da justiça pode, e deve, por conseguinte, colocar-se a questão do *cuidado*.

2. Pessoas e/ou grupos vulneráveis?

A vulnerabilidade é, essencialmente, uma condição humana, de pessoas, mas surge frequentemente associada a *grupos* vulneráveis, ou seja, grupos de pessoas que se encontram numa situação de vulnerabilidade específica por *serem quem são* (vulnerabilidade como característica do grupo) ou *se encontrarem numa determinada situação* (vulnerabilidade referida ao contexto) — num caso como noutro, a condição em que as pessoas se encontram faz com que se encontrem numa situação de desvantagem em relação às demais que não fazem parte desse grupo³⁶.

Porém, a linguagem dos grupos pode ser, ela mesma, perigosa, por conduzir a essencializações e a estereótipos, como por exemplo “todas as mulheres são igualmente vulneráveis”, “todas as mulheres muçulmanas são vítimas de opressão”, “todos os imigrantes

³¹ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, The vulnerable subject and the responsive State, pp. 260 ss.

³² MARTHA ALBERTSON FINEMAN, The vulnerable subject and the responsive State, p. 260.

³³ MARTHA NUSSBAUM, The capabilities of people with cognitive disabilities, *Metaphilosophy*, 40, 3-4, 2009, pp. 331 ss. V. também Inger Marie Lid, Vulnerability and disability: a citizenship perspective, *Disability & Society*, 30, 10, 2015, pp. 1554-1567.

³⁴ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, The vulnerable subject and the responsive State, p. 261.

³⁵ Assim, MARTHA ALBERTSON FINEMAN, The vulnerable subject and the responsive State, pp. 262 ss. A autora alude a dois tipos de dependência, a dos que carecem de cuidados e a dos que prestam esses cuidados e que estão, também eles, dependentes de recursos para conseguir cuidar (“derivative dependency”), sendo que esta condição de dependência não é inevitável nem universal, estando em regra associada a representações sobre os papéis sociais.

³⁶ FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, Introducción, p. xvi.

são pobres”, “todos os imigrantes são perigosos”. Por outro lado, não permite captar as diferenciações existentes, resultantes por exemplo de vulnerabilidades interseccionais, e que devem ser tidas em conta. Pode assim abrir-se caminho a paternalismos injustificados, designadamente à luz de exigências de proporcionalidade³⁷.

Como vimos, um dos paradoxos da vulnerabilidade resulta de ser simultaneamente universal e particular³⁸. Como seres corpóreos (“embodied”) e contextualizados, todos somos vulneráveis, mas experimentamos esta vulnerabilidade de formas diferentes, consoante as nossas características, os nossos contextos, a quantidade e qualidade de recursos de que dispomos. O mal que sofremos pode ser de vários tipos e frequentemente cruzados: podemos experimentar sofrimento físico, psicológico, económico, institucional³⁹. E podemos experimentar diferentes e múltiplas vulnerabilidades em simultâneo.

Ou seja, a vulnerabilidade é multidimensional. Os fatores de vulnerabilidade são múltiplos, e surgem frequentemente cruzados. Por exemplo, o cruzamento entre idade e género conduz em regra a uma maior precariedade da situação quotidiana das mulheres idosas⁴⁰.

Estas vulnerabilidades múltiplas podem assim estar associadas a discriminações múltiplas em sentido amplo⁴¹, frequentemente interseccionais⁴². Num sentido amplo, a discriminação múltipla ocorre quando estão presentes várias causas de discriminação, sendo porém possível distinguir as situações em que essas causas agem simultaneamente, caso em que estamos perante uma discriminação compósita, ou em que agem separadamente, sendo a pessoa discriminada com base numa causa, por exemplo o género, numa situação, e com base noutra, por exemplo a deficiência, noutra, caso em que estamos perante uma discriminação múltipla em sentido estrito. A discriminação interseccional, também uma modalidade de discriminação com base em mais do que um motivo, ocorre quando alguém é discriminado com base em diversos motivos ao mesmo tempo, agindo de forma conjugada e sendo inseparáveis — por exemplo, a esterilização forçada de mulheres Roma é um caso de discriminação interseccional com base no género, na etnicidade e na pobreza⁴³.

As abordagens interseccionais surgiram inicialmente para captar a interação entre a raça e o género, avultando aí os trabalhos de Kimberlé Crenshaw sobre a discriminação

³⁷ Sobre os limites ao paternalismo estadual e à defesa da pessoa contra si mesma, vd. por todos BENEDITA MAC CRORIE, *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Coimbra, 2013, pp. 141 ss.

³⁸ Ver, por todos, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, p. 1058.

³⁹ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1058 ss.

⁴⁰ JORGE GRACIA IBAÑEZ, *El reconocimiento*, pp.133-134.

⁴¹ Sobre o conceito, abordagem e modalidades de discriminação múltipla, vd. FERNANDO REY MARTÍNEZ, *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 2008, pp. 251 ss.

⁴² Sobre o conceito, DAGMAR SCHIEK, *On uses, abuses and non-uses of intersectionality before the European Court of Justice*, *European (Legal) Studies on-line papers*, 7, 3, 2018.

⁴³ KONSTANTINA DAVAKI *et al.*, *Discrimination generated by the intersection of gender and disability*, Directorate General for Internal Policies, European Parliament, 2013, p. 19 e *passim*. Estudo disponível em <http://www.europarl.europa.eu/studies>

de mulheres negras em contexto laboral, mas expandiram-se para além deste domínio⁴⁴, mostrando que a interação complexa de categorias sociais, biológicas ou culturais como o sexo, a etnia, a idade, a incapacidade ou a posição social contribui para a criação de “desigualdades sistêmicas”⁴⁵, sendo a consideração conjunta das diferentes “formas de opressão” necessária para compreender como se interrelacionam, afetam o acesso a bens e recursos e contribuem para a exposição dos grupos em causa a riscos⁴⁶. A adoção de uma abordagem interseccional, *e.g.* na definição de políticas públicas, impõe levar em conta a interação de desigualdades mutuamente constitutivas e o efeito daí resultante, que é diferente do produzido por cada uma das dimensões isoladamente considerada ou da sua simples adição⁴⁷.

Assim, as políticas públicas e medidas destinadas a dar resposta à vulnerabilidade devem levar em conta análises interseccionais que contemplem os diferentes eixos de dependência ou vulnerabilidade em que as pessoas podem encontrar-se⁴⁸. Ilustrando, no Relatório de 2016 sobre a aplicação em Portugal da *Convenção das Nações Unidas para a proteção das pessoas com deficiência*⁴⁹, o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência manifestou preocupação com a situação das mulheres portadoras de deficiência em Portugal, sustentando que a introdução de uma perspetiva de género nas políticas públicas sobre deficiência seria útil para combater a discriminação múltipla e interseccional de que são vítimas⁵⁰.

Todavia, as abordagens interseccionais não estão isentas de críticas, entre as quais a de conduzirem à multiplicação de causas de discriminação fragilizando a própria tutela antidiscriminatória, e o conceito de interseccionalidade apresenta dificuldades, designadamente a sua complexidade, que o torna de difícil aplicação no contexto jurídico, *maxime* em tribunal, e a que o Direito antidiscriminatório tem dificuldade em dar resposta⁵¹.

Não por acaso, a questão do género tende a interseccionalizar-se com outros fatores de vulnerabilidade, como demonstra a literatura feminista. Esta diversidade de condições concretas de vulnerabilidade evidencia, uma vez mais, os riscos da abordagem coletiva. Os idosos, ou os portadores de deficiência, têm realidades e necessidades diferentes e, por

⁴⁴ DAGMAR SCHIEK, On uses, abuses and non-uses, pp. 2 ss e KONSTANTINA DAVAKI *et al.*, Discrimination, pp. 34 ss.

⁴⁵ KONSTANTINA DAVAKI *et al.*, Discrimination, p. 19.

⁴⁶ KONSTANTINA DAVAKI *et al.*, *idem*, p. 25 e pp. 34 ss.

⁴⁷ KONSTANTINA DAVAKI *et al.*, *ibidem*, p. 25. Quando uma abordagem interseccional é adotada, deve sê-lo em combinação com a avaliação dos efeitos de cada dimensão separadamente, para ser possível avaliar completamente os efeitos das medidas adotadas.

⁴⁸ JORGE GRACIA IBAÑEZ, El reconocimiento, p.133.

⁴⁹ *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, aprovada na 61ª Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, realizada em 13/12/2006. Em Portugal, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30/07 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30/07 e em vigor desde 23/10/2009. Pesquisável em <http://gddc.ministeriopublico.pt/>

⁵⁰ Comité para os Direitos das Pessoas com Deficiência, *Concluding Observations on the initial report of Portugal*, CRPD /C/PRT/CO/1, adotado em março de 2016, considerando 18, p. 3.

⁵¹ Por todos, DAGMAR SCHIEK, On uses, abuses and non-uses, pp. 2 ss.

consequente, pretensões diferentes, e a abordagem tem de ser diferenciada. Uma abordagem assente nas circunstâncias e fatores que determinam a vulnerabilidade e nas pretensões associadas a essas circunstâncias, mais do que na identificação de grupos *per se* vulneráveis, parece recomendável⁵². Porém, uma das críticas às abordagens interseccionais prende-se, precisamente, com a particularização excessiva das questões, que leva a perder de vista a dimensão de grupo e a inibir análises estruturais⁵³.

3. Vulnerabilidade e direitos humanos

Temos vindo a assistir, no âmbito do chamado movimento de concretização ou especificação dos direitos humanos, ao desenvolvimento de instrumentos jurídicos destinados a proteger especificamente os membros de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, portadores de deficiência, refugiados, membros de minorias étnicas, idosos⁵⁴.

Note-se que, enquanto seres humanos, todas as pessoas, incluindo os membros dos grupos ditos vulneráveis, são titulares dos direitos previstos nas declarações e convenções gerais de proteção de direitos humanos, *e.g.* na *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, nos *Pactos de Direitos Cívicos e Políticos* e de *Direitos Económicos, Sociais e Culturais* das Nações Unidas (1966) ou, no plano regional europeu, na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, aprovada pelo Conselho da Europa em 1950.

O que justifica então o desenvolvimento de instrumentos de proteção específica, de que é exemplo a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2006)? Ou, no contexto da sociedade “*idadista*”, a reivindicação por uma convenção internacional universal obrigatória⁵⁵ semelhante àquela para proteção dos direitos das pessoas idosas⁵⁶? Não serão estes instrumentos específicos *redundantes*, uma vez que as pessoas em causa já beneficiam da proteção dos instrumentos gerais, tanto mais que é certo que mais instrumentos de proteção não significam necessariamente *mais proteção*? Para quê diferenciar em função do género, da situação de incapacidade ou da fase da vida — infância ou velhice — em que nos encontramos?

Estes instrumentos de proteção específica perfilam-se como resposta ao facto de o

⁵² Neste sentido, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TMMER, *Vulnerable groups*, p. 1073.

⁵³ Por todos, DAGMAR SCHIEK, *On uses, abuses and non-uses*, pp. 5 ss.

⁵⁴ PILAR TRINIDAD NUÑEZ, *La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos*, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 125 ss.

⁵⁵ Em 1991 a AGNU aprovou os *Princípios das NU relativos às pessoas de idade* (Resolução 46/91), organizados em 5 partes: independência, participação, cuidados, autorrealização e dignidade. Porém, este e outros documentos aprovados não são vinculativos. No espaço regional interamericano existe já a *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*, aprovada pela Assembleia Geral Ordinária da OEA em junho de 2015, *vd.* ANA SOFIA CARVALHO e JORGE GRACIA IBAÑEZ, *Dignidade e direito ao cuidado: uma reflexão para uma futura declaração universal dos direitos humanos das pessoas idosas*, in *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*, Rio de Janeiro, 2018, pp. 63 ss.

⁵⁶ Sobre a questão, JORGE GRACIA IBAÑEZ, *El reconocimiento*, pp. 147 ss.

sujeito das declarações de direitos e convenções de direitos humanos ser tipicamente abstrato e “*desembodied*”, procurando captar especiais vulnerabilidades que este conceito abstrato não capta. Apesar de a proteção dos direitos humanos ter surgido de uma preocupação com a fragilidade humana e conseqüente necessidade de proteção, o sujeito de direitos humanos é um sujeito abstrato, racional, autónomo — não vulnerável. A especificação visa determinar a um nível mais concreto quem é, afinal, o sujeito de direitos humanos, na sua concreta condição⁵⁷. Trata-se de reconhecer que as pessoas nestas situações não estão numa situação de igualdade nas relações sociais ou no acesso a determinados bens, o que justifica uma diferenciação como forma de conseguir a equiparação, tratando de forma diferente realidades que são diferentes⁵⁸.

Num contexto regional específico, o do sistema de proteção de direitos gizado com base na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* aprovada em 1950 pelo Conselho da Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — órgão jurisdicional de aplicação da Convenção ao qual têm acesso, vale a pena recordar, não apenas Estados mas também diretamente cidadãos — tem recorrido ao conceito de grupos vulneráveis, introduzido em 2001 no caso *Chapman c. Reino Unido*⁵⁹, considerando que a minoria Roma (ciganos), os portadores de HIV, os portadores de deficiências mentais e os requerentes de asilo são grupos vulneráveis⁶⁰, especialmente sujeitos a discriminação.

Segundo Lourdes Peroni e Alexandra Timmer, o recurso a este conceito de vulnerabilidade pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é mera retórica, antes é um expediente que tem permitido ao Tribunal aprofundar a proteção da igualdade material e combater mais eficazmente a discriminação. Porém, alertam para a necessidade de levar em devida conta os riscos de estigmatização, essencialização e estereotipação associados ao conceito⁶¹ — e que são, de resto, riscos a ter em conta sempre que usamos conceitos coletivos como “grupo” ou “minorias”⁶². O conceito de grupo vulnerável do Tribunal de Estrasburgo assenta em três características: é relacional, particular e baseado no conceito de dano ou ofensa, sendo que este último pode precisamente resultar da existência de estereótipos ou preconceitos, geradora de vulnerabilidade⁶³. Lourdes Peroni e Alexandra Timmer, recorrendo ao conceito de “*harm of misrecognition*”, na terminologia de Nancy Fraser, que ocorre quando padrões culturais institucionalizados de valor constituem alguns atores como inferiores, excluídos, radicalmente outros ou simplesmente invisíveis

⁵⁷ Sobre a questão, JORGE GRACIA IBAÑEZ, *idem*, pp. 139 ss.

⁵⁸ JORGE GRACIA IBAÑEZ, *ibidem*, pp. 147 ss.

⁵⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Caso Chapman c. Reino Unido*, n.º 27238/95, 18/01/2001, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>

⁶⁰ Sobre o uso do conceito na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ver, por todos, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, *passim*, em especial pp. 1063 ss.

⁶¹ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1070 ss.

⁶² Sobre a questão, ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência*, Dissertação de doutoramento em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013, pp. 152 ss.

⁶³ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1063 ss.

— noutras palavras, participantes não plenos na interação social⁶⁴. Mais recentemente, o Tribunal de Estrasburgo tem utilizado outros indicadores, associando desvantagem social com privação material como indicadores de vulnerabilidade, o que, segundo a terminologia de FRASER, corresponde a “*maldistribution*”, que ocorre quando alguns atores não dispõem dos recursos necessários para interagir com outros⁶⁵. Como notam as autoras, este conceito de grupo vulnerável tem permitido ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmar a existência de deveres de proteção acrescida por parte dos Estados quando perante grupos vulneráveis e mesmo reduzir a margem de liberdade concedida aos Estados (“margem de apreciação”) na restrição dos direitos da Convenção⁶⁶. Tem sido, sobretudo, um instrumento ao serviço da construção de uma igualdade complexa.

4. Vulnerabilidades e estereótipos

Como vimos *supra*, a vulnerabilidade é, em maior ou menor grau, *socialmente construída*. Mesmo quando resulta de fatores biológicos — por exemplo o sexo ou a incapacidade — são as percepções e interpretações sociais que incidem sobre essas realidades que constroem a vulnerabilidade⁶⁷.

A discriminação assenta, não raro, em estereótipos. Estes são “crenças acerca de grupos de pessoas”, “pré-compreensões acerca das características, papéis e atributos de grupos de pessoas”, atribuídas indistintamente a todos os membros desse grupo independentemente da sua situação concreta⁶⁸. Os estereótipos não são necessariamente negativos — podem ser positivos ou tão-só ambivalentes⁶⁹ — nem carecem necessariamente de apoio estatístico. Porém, mesmo quando são positivos, podem produzir o efeito de padronizar a forma como olhamos para um grupo⁷⁰ — por exemplo, o estereótipo “as mulheres são cuidadoras” conduz à conclusão de que todas as mulheres são necessariamente cuidadoras e o seu enquadramento social e jurídico deve refletir essa conceção.

Os estereótipos não surgem apenas ligados ao género (sexismo), ou à cor da pele ou “raça” (racismo), mas também à idade (idadismo). Como escreve Jorge Gracia, o idadismo abrange “a difusão de estereótipos negativos nos meios de comunicação e na vida quotidiana que leva à estigmatização do coletivo, até atitudes paternalistas e condescendentes a respeito dos mais velhos”⁷¹.

⁶⁴ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *idem*, p. 1065 e pp. 1065 ss.

⁶⁵ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *ibidem*, p. 1065 e pp. 1067 ss.

⁶⁶ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *ibidem*, pp. 1074 ss.

⁶⁷ CARMEN MAGALLÓN PORTOLÉS, Más allá de la vulnerabilidad, p. 190.

⁶⁸ ALEXANDRA TIMMER, Gender stereotyping in the case law of the EU Court of Justice, *European Equality Law Review*, 1, 2016, pp 37-46, pp. 37-38. *Vd.* Ainda ALEXANDRA TIMMER, Gender Stereotyping, Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 11, 2011, pp. 707-738.

⁶⁹ Desenvolvendo, ALEXANDRA TIMMER fala em quatro tipos de estereótipos: “role-typing”, “false”, “statistical” e “prescriptive”, p. 38.

⁷⁰ ALEXANDRA TIMMER, Toward an Anti-Stereotyping Approach, p. 38.

⁷¹ JORGE GRACIA IBAÑEZ, El reconocimiento, pp.135-136.

Os estereótipos fixam identidades e racionalizam a desigualdade⁷² e reforçam a discriminação de forma complexa⁷³, num aparente círculo vicioso de reforço mútuo: o estereótipo justifica uma prática discriminatória (por exemplo, excluindo ou desencorajando os pais do gozo de licenças parentais), e essa prática mantém-se e reforça o estereótipo⁷⁴. Por isso, a igualdade substancial exige que se combatam os estereótipos, desde logo através da lei e da ação dos tribunais. Mas, paradoxalmente ou não, os estereótipos estão presentes, muitas vezes, nas próprias práticas institucionais e jurídicas, por exemplo na legislação ou nas práticas dos tribunais.

Entre os estereótipos negativos conta-se o de que as pessoas com deficiências mentais não são capazes de avaliar as consequências das suas decisões e tomar decisões judiciosas ou de participar nos assuntos públicos⁷⁵, subjacentes aos modelos de exercício de direitos por pessoas portadoras de deficiência ou de “descapacidade”. Um exemplo, retirado da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativo ao exercício do direito de voto por pessoas portadoras de deficiências psíquicas, pode ser dado por um caso de 2010, *Alajos Kiss c. Hungria*⁷⁶, no qual estava em causa a exclusão automática, na Hungria, do direito de voto a pessoas com deficiências mentais colocadas sob guarda parcial — era o caso do requerente, que sofria de depressão maníaca e estava sob guarda parcial. O Tribunal de Estrasburgo considerou que se tratava de um grupo vulnerável em consequência do histórico de discriminação experimentado no passado e gerador de exclusão social cujas consequências perduram. Para Lourdes Peroni e Alexandra Timmer, o Tribunal abraçou o modelo social da incapacidade (em detrimento do modelo médico), reconhecendo o papel do contexto social e das atitudes sociais negativas, preconceitos e estereótipos para com as pessoas portadoras de deficiência como fatores principais na sua exclusão e incapacitação, mais do que as suas incapacidades individuais⁷⁷. Por outro lado, o Tribunal considerou que restrições de direitos baseadas em motivos que levaram historicamente a discriminações correm o risco de ser discriminações baseadas em estereótipos, e não diferenças de tratamento baseadas em motivos razoáveis, estando na origem de estereótipos legislativos que impedem a avaliação individualizada das capacidades e necessidades de cada um. O tratamento como classe unitária de pessoas com incapacidades intelectuais ou mentais é uma classificação questionável, que deve ser sujeita a controlo estrito, desde logo do ponto de vista da proporcionalidade, não es-

⁷² ALEXANDRA TIMMER, *Gender stereotyping*, pp. 37-38.

⁷³ ALEXANDRA TIMMER, *idem*, pp. 37-38.

⁷⁴ ALEXANDRA TIMMER, *Toward an Anti-Stereotyping Approach*, pp. 38 ss.

⁷⁵ MARTHA NUSSBAUM, *The capabilities*, e Inger Marie Lid, *Vulnerability and disability*.

⁷⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Caso Alajos Kiss c. Hungria*, n.º 38832/06, 20/05/2010, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>

⁷⁷ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1066-1067: “With this approach the Court takes the first steps towards embracing a “social model” of disability: this way of framing disability recognizes the built environment and society’s negative attitude towards people with impairment as the main factors disabling and excluding people. Contrary to the “medical model” of disability, the hallmark of a social approach to disability emphasizes social prejudices and stereotypes, rather than individual impairments”.

tando abrangida pela margem de apreciação. O Tribunal apoiou a sua argumentação na *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das pessoas com deficiência*, já aqui referida, e concluiu que a exclusão indiscriminada de direitos de voto, sem avaliação judicial individualizada e baseada apenas na incapacidade, não é uma restrição legítima do direito de voto⁷⁸. Mesmo sem mencionar a alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Convenção⁷⁹, a sua decisão está, escreve Alexandra Timmer, em linha com a obrigação dos Estados-Parte de combate aos estereótipos que afetam as pessoas com deficiência⁸⁰.

A questão assume particular interesse se tivermos em conta que o Parecer (2018) do Mecanismo Nacional de Monitorização da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, *supra* referido, sobre a Proposta de Lei n.º 110/XIII (regime do maior acompanhado) se pronunciou no sentido de o direito à capacidade eleitoral ativa e passiva consagrado no artigo 29.º da Convenção como direito fundamental que não pode ser negado em razão da deficiência ou necessidade de apoio se encontrar posto em causa em diversas disposições da legislação eleitoral relativas à capacidade eleitoral, dado manter-se a ideia “de que as alterações ou limitações das funções intelectuais podem constituir razão para a limitação do exercício do direito de participação na vida pública e política em igualdade com todas as outras pessoas”, a par de uma inadequação de termos utilizados (“notoriamente reconhecidos como dementes”)⁸¹.

⁷⁸ Vale a pena transcrever: “42. The Court cannot accept, however, that an absolute bar on voting by any person under partial guardianship, irrespective of his or her actual faculties, falls within an acceptable margin of appreciation. Indeed, while the Court reiterates that this margin of appreciation is wide, it is not all embracing (*Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], *op. cit.*, § 82). In addition, if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State’s margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (cf. also the example of those suffering different treatment on the ground of their gender — *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 78, Series A no. 94, race — *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 182, ECHR 2007..., or sexual orientation — *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, § 94, ECHR 2008...). The reason for this approach, which questions certain classifications per se, is that such groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs (cf. *Shtukaturv v. Russia*, no. 44009/05, § 95, 27 March 2008).”

⁷⁹ Nos termos do qual os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: “b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas prejudiciais em relação às pessoas com deficiência, incluindo as que se baseiam no sexo e na idade, em todas as áreas da vida”.

⁸⁰ ALEXANDRA TIMMER, A Strasbourg victory for the mentally disabled, *Strasbourg Observers*, 21/10/2010, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2010/05/21/a-strasbourg-victory-for-the-mentally-disabled/>

⁸¹ Parecer n.º 1 Me-CDPD/P/2018 do Mecanismo Nacional de Monitorização da *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* sobre a Proposta de Lei n.º 110/XIII (regime do maior acompanhado), 02/03/2018, p. 15. Pesquisável em www.parlamento.pt (atividade parlamentar). Entre as disposições a que se aludiu estavam a alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio (regulamenta a eleição do Presidente da República), a alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 14/79, de 16 maio (Lei eleitoral da Assembleia da República),

O papel desempenhado pelos estereótipos na tomada de decisões judiciais esteve, recentemente (2017), em discussão no *caso Carvalho Pinto c. Portugal*⁸², em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi confrontado com uma queixa por discriminação com base na idade e no gênero, mais concretamente numa determinada conceção acerca da relevância da sexualidade a partir de determinada idade, levada a cabo por uma decisão judicial. O Tribunal considerou que a decisão do Supremo Tribunal Administrativo português, baixando o montante de uma indemnização por danos morais resultantes de uma cirurgia que afetara a vida sexual da recorrente com base na idade (50 anos) e no gênero (feminino) da lesada, configurou uma diferença de tratamento com base no gênero e na idade, vetada pelo artigo 14.º (proibição de discriminação) em articulação com o artigo 8.º (reserva da vida privada) da Convenção, dando relevância ao papel decisivo que as conceções relativas à sexualidade feminina e à reprodução, à idade e ao papel social da mulher (como cuidadora) tiveram na decisão do tribunal português. Ainda que o Tribunal não o diga, trata-se de um caso de interseccionalidade, cruzando idade e sexismo⁸³. Esta decisão, que não foi unânime⁸⁴, foi vista como mais um passo no combate aos estereótipos e à discriminação que originam, com vista à implementação de uma igualdade efetiva⁸⁵.

5. Concluindo: Igualdade complexa, dignidade e cidadania

Se é certo que a questão da igualdade é central para uma sociedade justa, qual a conceção de igualdade que deve ser adotada? Sendo entendimento comum que a igualdade impõe um tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, na medida da diferença⁸⁶, queda em aberto “o problema fundamental da igualdade”, *id est*, determinar

a alínea b) do artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto (regula a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais) e a alínea b) do artigo 36.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de agosto (regime jurídico do referendo). A Lei Orgânica n.º 3/2018, de 17 de agosto alterou as referidas disposições, determinando a incapacidade eleitoral ativa dos “que notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento”, assim substituindo a referência à demência notória (e, também, em conformidade com a aprovação do regime do maior acompanhado, à interdição decretada por sentença).

⁸² Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal, n.º 17484/15, 25/07/2017, pesquisável em <https://hudoc.echr.coe.int>

⁸³ Como notam SENEM GUROL, Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal, *EJIL: Talk!*, 21/09/2017, disponível em <https://www.ejiltalk.org/challenging-gender-stereotyping-before-the-ecthr-case-of-carvalho-pinto-v-portugal/> e LOURDES PERONI, Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in Carvalho Pinto v. Portugal, *Strasbourg Observers*, 18/09/2017, disponível em <https://strasbourgobservers.com/2017/09/28/age-and-gender-discrimination-laudable-anti-stereotyping-reasoning-in-carvalho-pinto-v-portugal/>

⁸⁴ Os Juízes Ravarani e Bošnjak contestaram a metodologia seguida pelo Tribunal na sua Opinião, para a qual se remete.

⁸⁵ Assim, SENEM GUROL, Challenging Gender Stereotyping, LOURDES PERONI, Age and Gender Discrimination e também as opiniões dos Juízes Yudkivska e Motoc ao Caso Carvalho Pinto Sousa de Morais.

⁸⁶ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, *vd. inter alia* mas com especial in-

o que é igual e o que é desigual, e o “problema político da igualdade”, *id est*, a quem cabe essa decisão⁸⁷. O princípio da igualdade não é, assim, “fórmula vazia”, antes adquire conteúdo por referência a um conjunto de valores que, por sua vez, terão de ser determinados perante a realidade.

Neste momento, é já claro que uma conceção meramente formal de igualdade, assente no tratamento igual, não é suficiente para dar conta da problemática da vulnerabilidade. A crítica de Martha Fineman é, a este propósito, bastante esclarecedora. Apesar de a discriminação legal ser relevante, ela não é a única fonte preocupação: trata-se de procurar perceber de que forma o poder, os privilégios e as identidades são construídos e perpetuados pelas instituições sociais, e de que forma o Estado *responsivo* lhes pode — e deve — dar resposta⁸⁸.

Nos últimos anos, o combate à desigualdade tem sido (também) feito através das chamadas políticas de identidade (“*identity politics*”). Trata-se de identificar certas características de um grupo e de provar que os seus membros têm sido historicamente oprimidos e discriminados com base nessas características, *e.g.* etnia, nacionalidade ou religião. Porém, esta perspetiva das identidades culturais pode ser considerada redutora, ao menos se não for complementada por uma outra que leva em conta a desigualdade que resulta da forma como estão distribuídos o rendimento, o poder, as oportunidades e o acesso a bens sociais — como bem demonstrou Iris Marion Young⁸⁹. O “corte transversal” efetuado por recurso a categorias como a opressão, a vulnerabilidade ou a desigualdade estrutural é importante para iluminar as raízes profundas da desigualdade, bem como as relações e processos de exploração, marginalização e normalização, mostrando que a desigualdade não se resolve apenas através de um tratamento formalmente igual⁹⁰ e exige uma articulação do princípio da igualdade em termos substanciais⁹¹. Ressalve-se, porém, que o recurso a categorias como a vulnerabilidade ou a opressão, se aplicadas sem mais a determinados grupos culturais, *v.g.*, aos imigrantes, não permite dar conta da diversidade interna destes, dos diferentes níveis de “vulnerabilidade” e de “desigualdade de facto”.

De uma outra perspetiva, Seandra Fredman propõe uma noção de igualdade substantiva multidimensional, no sentido em que visa promover a *participação* (“dar voz”), a *transformação*, a *redistribuição* e o *reconhecimento*⁹². A igualdade substantiva assim entendida conduz

teresse para as questões de que nos ocupamos nesta comunicação, o (controverso) Acórdão n.º 483/2003 (prémios para atletas de alta competição portadores de deficiência), pesquisável em www.tribunalconstitucional.pt

⁸⁷ JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, 1996, p. 286.

⁸⁸ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject*, pp. 13 ss.

⁸⁹ Sobre a questão, ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e Interculturalidade*, pp. 137 ss.

⁹⁰ IRIS MARION YOUNG, *Structural injustice and the politics of difference*, in *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, 2007, pp. 60 ss. p. 79.

⁹¹ Como se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, *Constituição e Interculturalidade*, p. 140.

⁹² *Apud* LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1074 ss. Como escrevem LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1074-1075, «[t]he *participative* dimension of substantive equality, Fredman argues, requires compensating for the “absence of

a eliminar, não tanto a diferença, mas a desvantagem associada à diferença, promovendo a dignidade e combatendo a estigmatização e os estereótipos. Na perspectiva da autora, a participação é um conceito complexo, que não se refere apenas à participação política, mas igualmente à participação na tomada de decisões que afetam indivíduos e grupos nos mais variados domínios, da educação à saúde, ao trabalho ou à organização da comunidade⁹³.

A dimensão da participação das pessoas vulneráveis é, de resto, muito enfatizada pela *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, já referida (vd. artigos 29.º e 30.º), que traz uma nova abordagem dos direitos das pessoas com deficiência, substituindo o modelo médico pelo modelo social da incapacidade⁹⁴, mas igualmente em outros instrumentos, designadamente no próprio Relatório PNUD 2014, já referido.

A articulação entre igualdade e dignidade — que a Constituição da República Portuguesa, de resto, expressa através da fórmula da “igual dignidade” (n.º 1 do artigo 13.º) — aponta para a fórmula *dworkiniana* de igual consideração e respeito, que significa que a igualdade não garante a cada um o *mesmo* tratamento que é concedido aos demais, mas que ele seja tratado, na imposição de sacrifícios ou concessão de benefícios, *como igual*, com igual consideração e respeito — e daí a diferença entre “tratamento igual” e “tratamento como igual”⁹⁵. “É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais”, só sendo admissíveis diferenciações que não ponham em causa a igual consideração e respeito a todos devido, escreve Jorge Reis Novais⁹⁶, sendo para esse efeito relevantes, não apenas os fatores que resultam de uma circunstância, mas igualmente os que, resultando em maior ou menor medida de uma escolha, dizem respeito a “opções individuais sobre planos de vida ou orientações que as pessoas são livres de formar”⁹⁷. Independentemente de a violação do princípio da igualdade afetar sempre *indiretamente* a dignidade da pessoa humana, esta poderá estar *diretamente* posta em causa se o tratamento desigual se mostra “especialmente denegridor”, “desqualificante” ou humilhante do que a pessoa é⁹⁸ ou das suas escolhas íntimas constitucionalmente protegidas, ou se

political voice” and opening up “channels for greater participation in the future.” Participation, as she explains, is a “multi-layered concept,” which entails not only political participation but also “taking part in decisions in a wide range of situations affecting individuals or groups, including at the workplace, in education, in health care, and in community organization. The *transformative* dimension seeks to accommodate group differences; the point is to remove “the detriment which is attached to difference,” rather than difference itself. The *redistributive* aspect of substantive equality, in turn, aims at “breaking the cycle of disadvantage, which encompasses, among other things, “the maldistribution of resources. Last, substantive equality’s *recognition* facet seeks to “promote respect for dignity and worth, thereby redressing stigma, stereotyping, humiliation and violence because of membership of an identity group”»

⁹³ LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, *Vulnerable groups*, pp. 1074-1075.

⁹⁴ *Inter alia*, AA. VV., *Direitos das pessoas com deficiência*, Lisboa, 2017, disponível em www.cej.mj.pt

⁹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 101 e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa*, pp. 290 ss.

⁹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios*, p. 110.

⁹⁷ Na formulação de JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios*, p. 110.

⁹⁸ Assim, JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, Volume II, Coimbra, 2016, pp. 133 ss.

assenta num preconceito social dirigido contra grupos ou categorias de pessoas⁹⁹.

Face ao artigo 13.º da Constituição, e considerando as demais projeções da igualdade no texto constitucional, a igualdade, na Constituição, é, não apenas formal, mas também material, não apenas jurídica mas também fáctica e estrutural¹⁰⁰. É, por conseguinte, uma igualdade complexa, que autoriza, ou mesmo exige, a compensação de desigualdades e a promoção da igualdade, a que caracteriza o Estado Social de Direito. O princípio da igualdade não se reduz à proibição de discriminação, e a sua proteção abrange todos os portadores de interesse próprios na sua aplicação, sejam indivíduos, sejam pessoas coletivas e grupos não personalizados¹⁰¹. Por outro lado, não apenas proíbe discriminações, diretas ou indiretas¹⁰², como justifica diferenciações e medidas de ação afirmativa ou ação positiva¹⁰³.

Com efeito, um entendimento material da igualdade não apenas consente, como em alguns casos impõe, a adoção de medidas de ação positiva, cujo objetivo é eliminar obstáculos ao exercício dos direitos ou, de outra perspectiva, discriminações, com vista à obtenção de uma igualdade real. Seriam tratamentos discriminatórios ou privilégios, não fosse o facto de estarem justificadas pela prossecução de uma igualdade material, combatendo “de forma razoável, objetiva e proporcional” a discriminação e, ao menos de acordo com certo entendimento, pela sua provisoriedade — duram enquanto a situação de desigualdade à partida que as justifica durar e cessam quando cessar a situação de desvantagem¹⁰⁴ (o que é, também, uma dimensão de proporcionalidade). Estas têm sido admitidas por diferentes órgãos internacionais de proteção de grupos vulneráveis, *e.g.* no âmbito do Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres ou do Comité para os Direitos das Crianças¹⁰⁵, e são igualmente admitidas, para os portadores de deficiência e para os idosos, pelos artigos 71.º e 72.º da Constituição da República Portuguesa.

⁹⁹ Isto é, se “visa ou tem como efeito o desrespeito da humanidade intrínseca, a discriminação desqualificante ou humilhante e é justificado em função do *ser*, da natureza da pessoa ou da presença de características independentes da vontade e da responsabilidade do próprio”, escreve JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*, p. 134.

¹⁰⁰ Sobre estes conceitos, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios*, pp. 103 ss. e MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, 2005, pp. 7 ss. e 35 ss.

¹⁰¹ JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, Anotação ao art. 13.º *in Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2010, p. 237.

¹⁰² Assim, Acórdão n.º 232/03 (preferências regionais) do Tribunal Constitucional, pesquisável em www.tribunalconstitucional.pt

¹⁰³ Trata-se de conceitos de fronteiras imprecisas. Sobre a questão, *vd.* ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia*, Coimbra, 2010, pp. 69 ss. e MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos*, pp. 21 ss. e 75 ss. *Vd.* ainda o Acórdão n.º 483/2003 (prémios para atletas de alta competição portadores de deficiência), também do Tribunal Constitucional, já referido.

¹⁰⁴ Esta característica permite distinguir as medidas de ação afirmativa dos direitos especiais de grupo, mas não é, contudo, pacífica. Em todo o caso, diversos órgãos internacionais que admitem a possibilidade de discriminações positivas fazem referência ao seu caráter temporário, *vd.* uma resenha em FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Introducción*, pp. xvii ss.

¹⁰⁵ Desenvolvendo e exemplificando, FERNANDO ARLETTAZ e MARIA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Introducción*, pp. xvii ss.

Na sua dimensão de diferenciação, o princípio da igualdade justifica e impõe uma atenção especial aos mais débeis, através da remoção de obstáculos para uma participação livre e igual na vida em comunidade¹⁰⁶. Trata-se, em suma, de garantir condições para uma cidadania efetiva e inclusiva, igual, mas também diferenciada. Evocando a bela fórmula utilizada em 2005 pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, no caso *Fourie*, “a força da nação que a Constituição tem em mente vem da sua capacidade de acolher todos os seus membros com dignidade e respeito”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Como escreve, numa perspetiva de Direito Constitucional Europeu, MARIANA CANOTILHO, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2014-2015, pp. 447 ss., acessível em <http://hdl.handle.net/10481/41149>

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional da Africa do Sul, Caso *Minister of Home Affairs and Another vs. Fourie and Another*, 01/12/2005, CCT 60/40 *Fourie* 2005, 01/12/2005, [61], p. 40, pesquisável em <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2249> (tradução nossa)

PROTEÇÃO DOS MAIORES

ELDERLY PROTECTION

João Cottim Oliveira*

RESUMO

O artigo traça uma breve resenha sobre a luta pelos direitos civis, abordando os constrangimentos portugueses na afirmação dos direitos civis e sustentando a inconstitucionalidade do regime jurídico da interdição. Propõe ainda novos princípios base para uma política de autodeterminação.

PALAVRAS CHAVE — AUTODETERMINAÇÃO, PROTECÇÃO DOS MAIORES, INTERDIÇÃO

ABSTRACT

The article presents a brief review about the fight for civil rights, focusing on the constraints in Portugal to the effectiveness of civil rights and claiming that the interdiction's legal regime is not according to the Constitution. It also proposes a new basis for an effective self determination policy.

KEY WORDS - SELF-DETERMINATION, ADULT PROTECTION, INTERDICTION

SUMÁRIO: 1. Breve resenha sobre a luta pelos Direitos Civis. 2. Constrangimentos portugueses na afirmação dos Direitos Civis. 3. Inconstitucionalidade do regime jurídico da interdição. 4. Proposta de princípios base para uma política de autodeterminação. 5. Conclusão

1. Breve resenha sobre a luta pelos Direitos Civis

Pretende-se com esta reflexão demonstrar que todas as pessoas, independentemente das suas características próprias, são iguais em dignidade e têm de ser respeitadas.

É também por isso, que refletir sobre o direito à autodeterminação das pessoas maiores que necessitam de medidas proteção tem que ser feita com cuidado porque delicada. Por um lado, há que assegurar a vontade e a liberdade da pessoa alvo de proteção, por outro há que proteger essa própria pessoa e pessoas terceiras.

Esta ambivalência entre o direito à autodeterminação e a necessidade de proteger, deixa-nos uma linha ténue, um campo estreito para trabalhar.

Portugal ainda para mais chegou muito tarde à cidadania ativa se é que já a praticamos. O não ter participado na II Grande Guerra não deu aos portugueses a Paz. Primeiro, com ou sem guerra, vivemos sempre em condições miseráveis — viver sem liberdade é sempre miserável. Depois, Portugal não usufruiu, como as outras nações, do desenvolvimento do pós-guerra.

*jco@grupodeadvogados.com, Advogado.

A luta pela consagração dos direitos civis, que nos anos sessenta e setenta, inflamava o mundo livre e democrático, com fortes movimentos de mulheres, de pessoas negras, de pessoas com deficiência — estes com eclodir e o evoluir da Guerra do Vietnam — era desconhecido em Portugal. Ainda hoje, pese embora a mudança de discurso e de conceitos, não se verifica uma transformação a não ser no aspeto jurídico, o que é insuficiente e transmuta pouco. A mudança tem de ser política, social e cultural.

2. Constrangimentos portugueses na afirmação dos Direitos Civis

Não podemos ficar pelas arrojadas leis. Temos de criar condições favoráveis para que as normas deixem de ser puramente normativas e passem a ser um instrumento de transformação social e cultural e de garantia de direitos.

Vejam! Como foi possível manter desde da entrada em vigor da Constituição de 1976 até hoje o instituto da interdição? É que logo no artigo primeiro da Lei Maior se afirma que *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”*.

Quando o artigo 139.º do Código Civil equipara o interdito ao menor está a retirar dignidade à pessoa do interdito. O interdito, embora maior, está sujeito ao poder do tutor. A todo este regime está ausente o princípio da proporcionalidade.

A restrição da capacidade para o exercício de direitos do indivíduo não deve ser possível. Pode existir a necessidade de apoio de terceiro, mas este apoio deve ser proporcional às dificuldades para o exercício das capacidades.

A par deste impasse, entre discursos apaixonadamente demagógicos e os cétricos em relação às capacidades dos “incapazes”, a violação do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição é uma realidade também de mais de quarenta anos.

A norma diz que só “se pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição” e que essa restrição deve “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Apesar desta norma constitucional, o regime de “proteção de maiores incapazes” consagrado no Código Civil de 1966, não se limita ao necessário: não salvaguarda de forma satisfatória os seus direitos e interesses; não tem em vista o caso concreto; compara um maior a um menor, em clara negação da realidade; nega o exercício de direitos pessoais como casar, procriar, perfiar, adotar, exercer responsabilidades parentais, negociar, testar, etc.

Apesar das garantias constitucionais, da legislação europeia e a adesão a tratados e acordos internacionais, Portugal tem um regime rígido e os tribunais não têm em conta a situação e necessidades concretas de cada indivíduo.

3. Inconstitucionalidade do regime jurídico da interdição

O n.º 4 do artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reconhece a “capacidade jurídica” às pessoas com deficiência. No já citado artigo 18.º da Constituição, também está implícito o reconhecimento da “capacidade jurídica” a que, o artigo 26.º, n.º 1 faz referência como direito de todos à capacidade civil.

É, por isso, surpreendente e de constitucionalidade duvidosa que o artigo 139.º do Código Civil continue a vigorar com a redação o seguinte: “(...) o interdito é comparado ao menor, sendo-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade e fixam os meios para suprir o poder paternal”.

Esta comparação, é o retirar dignidade ao interdito, em flagrante contradição com o artigo 13.º da Constituição.

Em boa verdade, e a justiça isso requer, nem o menor é interdito, nem o interdito é um menor.

4. Proposta de princípios base para uma política de autodeterminação

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência preconiza e defende que ao maior objeto de medidas de proteção, deve ser reconhecida a capacidade de exercício; os Estados signatários devem adotar “*medidas proporcionais adaptadas à necessidade da pessoa*” que garantam o exercício dos direitos e deveres jurídicos.

Preconiza igualmente, que estas medidas sejam fiscalizadas periodicamente por uma autoridade ou órgão judicial competente.

Como se pode verificar, não se preconizam medidas gerais e abstratas, como é o caso do nosso regime jurídico da incapacidade, pelo contrário, recomenda-se um regime jurídico flexível que olhe com atenção ao caso concreto.

A ação de interdição que dá início com a entrega no tribunal de uma petição inicial. O seu julgamento é público, no cumprimento do artigo 204.º da Constituição, “*salvo*”, como ressalva a mesma norma constitucional, “*quando o próprio tribunal decidir o contrário, em decisão fundamentada, para salvaguardar da dignidade das pessoas e da moral pública ou garantir o seu normal funcionamento.*”

O processo de interdição devia ser uma dessas exceções, dado o carácter sensível dos casos a decidir para salvaguardar a dignidade da pessoa objeto da ação. Mas, ao contrário a publicidade destas ações ainda é a maior, pois, o juiz tem que mandar “*fixar editais no próprio tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido*”, artigo 892.º do Código de Processo Civil.

O contacto do juiz com o requerido é essencial. O artigo 897º do Código do Processo Civil determina que o interrogatório “é feito pelo juiz”. Em igual sentido vão os *Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Adultos*, Recomendação do Parlamento Europeu de 3 de Abril de 2017: reconhece à pessoa maior, que venha a necessitar de alguma medida de proteção, o direito a ser pessoalmente ouvida em qualquer procedimento que possa

afetar a sua capacidade jurídica, sendo fundamental o seu contacto direto com a pessoa que vai decidir.

Contudo, ao contrário do exigido pelos *Princípios em Matéria de Proteção Legal dos Adultos*, parece que, no sistema jurídico nacional, o requerido tem que ser ouvido no âmbito do artigo 897º do Código do Processo Civil e não em todo e qualquer procedimento que ao mesmo respeite.

Ultrapassando esta enorme lacuna, se esta obrigação de contacto entre o requerido e o juiz não levanta, pelo menos no atual regime, objeções, o mesmo já não se pode dizer em relação à obrigatoriedade da publicidade da ação.

A publicidade da ação parece exagerada e desproporcionada em relação ao que se pretende proteger e, de alguma forma, pode atentar contra o direito à privacidade e pode pôr em causa dignidade da pessoa com deficiência que os Estados Parte que assinaram a Convenção se comprometem a defender e a promover.

O reconhecimento dos direitos anteriormente referidos, põem em crise o artigo 892º do Código de Processo Civil. A crise da norma vai-se acentuar com a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados quando este estabelece como princípio o seguinte: “*Deverão ser considerados dados pessoais... dados que revelem informações sobre a saúde física e mental no passado, no presente e no futuro (...) quaisquer informações sobre (...) a deficiência (...)*”

O Regulamento Geral de Proteção de Dados entrou em vigor em Portugal em Maio de 2018 e, se estão previstas algumas exceções e, especificamente em relação à atividade dos tribunais, não parece que a publicidade da ação de interdição possa estar abrangida por qualquer exceção.

Como compatibilizar a reserva da privacidade sobre a saúde física e mental e sobre a deficiência com a obrigatoriedade de fixação de editais com o nome do requerido e o objeto da ação?

A publicidade do processo, por um lado, não é necessária ao bom julgamento de ação; por outro lado, viola claramente o direito humano ao sigilo sobre o estado de saúde física e psíquica e sobre a deficiência do requerido.

O regime jurídico português de proteção de maiores “incapazes”, é substantiva e adjetivamente inconstitucional; não respeita o estabelecido na Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência sobre esta matéria; e entra em conflito com o Regulamento Geral de Proteção de Dados.

De acordo com os Princípios da Recomendação (99) 4 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa, o Estado Português devia promover uma política para a deficiência com base:

1. no respeito pelos direitos humanos;
2. na flexibilidade da resposta legal os diferentes graus de incapacidade;
3. na máxima preservação da capacidade;
4. na publicidade das medidas apenas quando necessárias para a proteção de terceiros e não funcionando automaticamente;

5. na necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade das medidas de proteção aos graus de incapacidade;
6. na justiça, eficiência e garantia do processo que decide as medidas de proteção;
7. na supremacia dos interesses e bem-estar da pessoa sujeita a medidas de proteção;
8. na consulta e audição da própria pessoa antes da decisão sobre as medidas de proteção;
9. na existência de mecanismos processuais em condições de abranger as diferentes situações de incapacidade;
10. na investigação da avaliação da incapacidade por perito competente;
11. na duração pré-determinada e da avaliação periódica das medidas de proteção e do direito ao recurso;
12. na admissibilidade de medidas provisórias em caso de urgência;
13. no adequado controlo da aplicação das medidas e das decisões dos que assistem ou representam a pessoa protegida e de que estes são pessoas qualificadas para as funções que lhes são atribuídas;
14. no controlo judicial das intervenções de terceiros, como sejam os gestores de negócios ou outros;
15. na limitação de poderes, da responsabilidade e da remuneração dos representantes ou das pessoas que assistem a pessoa protegida.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, o regime jurídico português da incapacidade, que devia ter como pedra angular a defesa dos direitos e interesses dos “incapazes maiores”, diligenciando a inserção social e o bem-estar dos mesmos; ao contrário, intenta contra a sua dignidade, viola a Constituição e o Direito Internacional que Portugal acolheu no seu ordenamento jurídico.

Importa ter em atenção que as questões relativas aos direitos e deveres são melindrosas e por isso devem ser olhadas numa perspetiva global, para que ao promover e defender os direitos e deveres de uns não se prejudique os de outros. Os direitos humanos, os direitos dos desfavorecidos ou de minorias, não podem ser uma questão de modas ou de táticas políticas, tem de resultar de consensos e da vontade convicta de compor os possíveis conflitos.

AUTONOMIA E (IN)CAPACIDADES: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

AUTONOMY AND (IN)COMPETENCE: PAST, PRESENT, AND FUTURE

Joaquim Correia Gomes*

RESUMO

A autonomia tem tido um percurso que nos permite perceber o seu conteúdo, sentido e relevância, mormente a nível pessoal. O que se pretende é fazer um esboço desse caminho enquanto ideia e dar conta da sua recente construção jurídica. Por outro lado, a autonomia, enquanto característica pessoal, precisa da sua capacitação, mormente quando aquela está decrescente, criando-se as devidas infraestruturas de um modelo de apoio, através do discurso dos direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE - AUTONOMIA, CAPACITAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, DISCAPACIDADE, PLANEAMENTO

ABSTRACT

The autonomy track allows us to perceive its subject, meaning and relevance, especially on a personal level. The aim here is to sketch this path as an idea and assess its recent legal construction. On the other hand, autonomy, as a personal attribute, needs capability, especially when the former is decreasing, by creating the necessary infrastructures of a support model, through the discourse of human rights.

KEY WORDS - AUTONOMY, CAPABILITY, DISABILITY, HUMAN RIGHTS, PLANNING

SUMÁRIO: 1. *Autonomia e a construção de uma ideia.* 1.1. *Origens e terminologia: uma ideia política* 1.2. *A construção iluminista: uma ideia moral* 1.3. *A construção liberal: uma ideia individual* 1.4. *A construção feminista: uma ideia relacional* 1.5. *A construção contemporânea: uma ideia de reconhecimento* 2. *Anatomia e estrutura da autonomia* 2.1. *Dimensões* 2.2. *Modalidades* 2.3. *Variantes* 2.4. *Mensurabilidade.* 3. *A construção jurídica da autonomia* 3.1. *A construção contratualista — um princípio privatístico* 3.2. *A construção emancipadora — um princípio político ou funcional* 3.3. *A construção da linguagem de direitos — valor, princípio e regras* 4. *As (in)capacidades e a capacitação* 4.1. *A teoria jurídica tradicional das (in)capacidades* 4.2. *Esboço para uma nova teoria jurídica das capacidades: direitos humanos e capacitação* 4.3. *O quadro jurídico contemporâneo da capacitação* 5. *Conclusões.*

* jacgomes01@gmail.com, Tribunal da Relação do Porto.

1. Autonomia e a construção de uma ideia¹

A etimologia da palavra autonomia reside no grego (αὐτονομία), mediante a composição de duas palavras: *auto* e *nomos*, com o significado de, respetivamente, “por si mesmo” e “norma” ou “lei”, tendo, por isso, o sentido literal de “auto-norma” ou “auto-legislação”. A sua etimologia permite saber a sua origem gramatical, balizando o seu significado e sentido, mas não nos dá estes nem o seu conteúdo. A propósito, tem havido alguma incompreensão sobre o seu alcance, podendo ter plurissignificações, pois tanto pode dizer respeito ao estatuto político de um povo, como à capacidade ou qualidade de uma pessoa, bem como às características ou estado de um mecanismo e aí por diante. Por sua vez e relativamente ao seu sentido, tanto moral, como jurídico, o mesmo surge muitas vezes como sinónimo de autodeterminação ou então associado à independência ou à liberdade.² O seu conteúdo é praticamente desconhecido. O que nos interessa, agora, é precisar a ideação do sentido moral da autonomia e a sua evolução ao longo dos tempos, ainda que se dê um salto assumido, entre a antiguidade e a modernidade iluminista, altura em que tudo ou quase tudo foi questionado e refletido.³

1.1. As origens helénicas: uma ideia política (autonomia política)

Os helenos na antiguidade organizavam-se de acordo com a sua identidade cultural, os seus interesses políticos e as suas leis (*nómoi*), através de múltiplas cidades-estado (*polis*).⁴ Cada uma destas assumia-se como uma comunidade (*koinonia*) de cidadãos (*politai*), com as suas instituições políticas (*politeia*), tendo uma estrutura organizativa própria. Por sua vez, as relações intercomunitárias deram origem a uma estrutura federativa, desde a mais rudimentar e tribal (*ethnos*) até à mais sofisticada e estadual (*koinon* ou

¹ A designação original era “Autonomia e interdição/inabilitação”, mas as subseqüentes e recentes alterações legislativas levaram a ter em atenção não só o passado, como o presente e o futuro.

² STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole — Tra diritto e non diritto*, Milano: Feltrineli, 2009, p. 248; considera que sendo a morte natural, o morrer é governável, sendo uma expressão da autonomia, enquanto CARLO CASTRONOVO, *Autodeterminazione e Diritto Privato*, in FRANCESCO D’AGOSTINO (cura di), *Autodeterminazione: Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell’U.G.C.I, Pavia, 5-7 dicembre 2009*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 54, considera que o suicídio, a renúncia ou a desistência de tratamento médico surgem como manifestações da autodeterminação, enquanto subcategoria da liberdade.

³ J. B. SCHNEEWIND, *The invention of Autonomy — A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, Reimp., pp. 514, 515, ainda que considere David Hume e Jean Jacques Rousseau, como os percussores de uma moral autónoma, situa Kant como o inventor da autonomia dos agentes racionais.

⁴ MOGENS HERMAN HANSEN, , *Polis and City-State — An Ancient Concept and its Modern Equivalent*, *Acts of the Copenhagen Polis Centre*, Vol. 5, Copenhagen: Trykkeriet Viborg, 1998, pp. 52, 53 sobre o conceito de *polis* e os seus diversos sentidos.

sympoliteia).⁵ A autonomia surge, então, como a expressão política de cada uma dessas cidades-estado ou comunidades ao nível da sua organização territorial, melhor expressa nas suas relações externas (*autópolis*), mas abrangendo outras autonomias, como a fiscal (*autotelés*) e a judicial (*autódikos*).⁶ A autonomia e a liberdade (*eleuthería*) de cada território (*khóra*) seriam a expressão máxima da sua integridade política e da soberania, como agora se designa, sem que tal, nalguns casos, chegasse a ser expressamente consagrado ou referenciado. No entanto, e na prática, a autonomia acabava por ser uma concessão das cidades-estados mais influentes ou poderosas relativamente às demais, permitindo a cada uma destas estabelecer as suas normas de convivência.⁷ Deste modo, a concepção de autonomia surge essencialmente relacionada com a cidade-estado, mais precisamente com a organização da respectiva comunidade e no âmbito das relações intercomunitárias, tendo um cunho essencialmente político, sendo estruturante para a sua soberania.

Entretanto, e no âmbito da literatura helénica, tem sido reconhecido que a palavra autonomia (αὐτονομία), de que é exemplo a Antígona de Sófocles, foi utilizada como metáfora da autonomia política, para descrever uma qualidade pessoal de quem desafiava os poderes da *polis* ou então, como sucedeu no Tratado Hipocrático, enquanto antinomia de despotismo.⁸ Mas foi igualmente assumida como um “princípio de vida”, tal como foi invocado pelos estoicos, a partir da sua “filosofia de vida”, sustentando que só as pessoas sensatas podiam viver segundo as suas escolhas.⁹ Uma dessas referências foi Dião Crisóstomo, segundo o qual o ser humano é por natureza livre e não escravo, estando a justiça nas suas “próprias leis”, salientando que estas não são arbitrárias ou despóticas, mas que correspondem às leis da natureza, que seriam as leis de Zeus.¹⁰

A autonomia tem sido confundida ou equiparada com autarcia, que tem a sua origem no grego *autarkeia* (αὐτάρκεια)¹¹ — sendo muitas vezes associada a liberdade e indepen-

⁵ HANS BECK, *New Approaches to Federalism in Ancient Greece — Perceptions and perspectives*, in KOSTAS BURASELIS; KLEANTHIS ZOUMBOULAKIS, (Ed.), *The Idea of European Community in History: Conference proceedings, Volume II — Aspects of connecting poleis and ethne in Ancient Greece*, Athens: National and Capodistrian University of Athens, pp. 177-190 (180, 181).

⁶ EMILIANO J. BUIS, *Ancient Entanglements: The Influence of Greek Treaties in Roman “International Law” under the Framework of Narrative Transculturation*, in THOMAS DUVE (Ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Berlin: Max Planck Institute, 2014, pp. 151-185 (156, nota 12).

⁷ MARTIN OSTWALD, *AUTONOMIA: Its genesis and early history*, USA: Scholars Press, 1982, pp. 7-10.

⁸ MARTIN OSTWALD, *ob. cit.*, 1982, pp. 11/12.

⁹ JOHN M. COOPER, *Stoic Autonomy*, in ELLEN FRANKEL PAUL; FRED D. MILLER JR.; JEFFREY PAUL, (Edited by), *Autonomy*, Cambridge: CUP, 2003, p. 5.

¹⁰ DYO CHRYSOSTOM, *On Freedom*, in *Discourses V*, The Loeb Classical Library, London: William Heinemann Ltd, 1951, edição bilingue, tradução de H. Lamar Crosby, pp. 317 e 319.

¹¹ A palavra grega *autarkeia*, também mencionada como *autarkheia*, resulta da composição de *αὐτός* (si mesmo) e *αρχω* (comandar), sendo literalmente “comandar-se a si mesmo” ou “auto-comando”. Derivou para o latim *autarchia* e para o português *autarcia* ou *autarquia*, tendo o significado linguístico de poder absoluto ou autossuficiência. Muito embora os dicionários portugueses sejam praticamente unânimes em atribuir o seu significado, uns optam pela designação *autarcia*, como sucede com *Lello Universal — Dicionário Enciclopédico*, Vol. I, Porto: 1997, p. 256, dizendo

dência.¹² A diferença entre uma e outra não é apenas o grau de governo estadual ou pessoal, mas é essencialmente substantiva. A primeira exprime “auto-governança” (*self-rule*), ao nível interno, do exercício dos poderes ou faculdades, assim como da sua orientação, enquanto a segunda significa “autossuficiência” relativamente à influência do exterior, assumindo-se um convicto isolacionismo.¹³ Precisando o conceito de *autarkeia* no pensamento helenístico, encontramos essencialmente duas perspectivas: (i) a de Aristóteles, segundo o qual seria a independência da *polis* em relação ao mundo exterior; (ii) a cínica ou estoica, através da máxima revelação do individualismo, sendo a possibilidade do homem virtuoso ser feliz, independentemente dos circunstancialismos externos envolventes, como sejam dos cuidados que lhe fossem prestados ou das alegrias reveladas pelos outros.¹⁴

Em suma, a autonomia na antiguidade helénica foi tanto uma manifestação política ou comunitária, como uma expressão individual ou pessoal. No entanto, o termo autonomia era sobretudo empregue num contexto de política de estados e das respectivas comunidades, considerando-se como tal aqueles que produziam e aplicavam as suas próprias leis, estabelecendo a sua “auto-governança”, fazendo-o de modo distinto em relação às demais cidades-estado, afirmando quanto a estas a sua “autodeterminação”. Por sua vez, a autarcia representava tanto a independência dessas cidades-estado, como o “individualismo isolacionista” de quem, por si só, procurava a felicidade.

1.2. A construção iluminista: uma ideia moral (autonomia moral)

A base filosófica do iluminismo situa-se no contrato social e nas leis naturais, sendo aquele a justificação para o ser humano viver em comunidade e estas o suporte para estruturar as suas ações. Daí que o poder monárquico, enquanto emanação divina, tenha perdido a sua legitimidade, e o determinismo religioso tenha dado lugar à livre vontade,

“s.f. (gr. *autarkheia*). Estado ou qualidade do que se basta a si mesmo. Tranquilidade de espírito. Satisfação íntima. Frugalidade. Sobriedade”, outros remetendo para *autarquia*, como é o caso de JOSÉ PEDRO MACHADO, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Vol. I, Lisboa: Livros Horizonte, 1995, p. 353, mencionando “s. Do gr. *autárkeia*, “qualidade do que se basta a si mesmo; estado do que se basta a si próprio, ou de que executa qualquer coisa por si mesmo”. Optamos pela primeira designação, para o distinguir de *autarquia*, enquanto órgão do poder local.

¹² KARSTEN FISCHER, *Das Paradox der Autonomie und seine Entfaltungen Eine Urgeschichte politischer Liberalität*, in CHRISTIAN BUMKE; ANNE RÖTHEL (Hrsg), *Autonomie im Recht — Gegenwartsdebatten über einem rechtlichen Grundbegriff*, Tübingen: 2017, p. 431.

¹³ THOMAS MAY, *The Concept of Autonomy*, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 31, No. 2, April 1994, pp. 133-144 (134/135); *The Concept of Autonomy in Bioethics — An Unwarranted Fall from Grace*, in JAMES STACEY TAYLOR, *Personal Autonomy — New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge: CUP, 2008, pp. 299-309 (304-308).

¹⁴ BRAD INDWOOD; L. P. GERSON, *Hellenistic Philosophy — Introductory Readings*, Indianapolis: Hackett, 1997, p. 405; E. B. COLE *Autarkeia in Aristotle*, *University of Dayton Review*, vol. 19, 1988-89, pp. 35-42; NEIL MORPETH, *Autarkeia: Notes on its Cultural and historical Context*, *Prudentia Supplementary Number: Multarum Artium Scientia: Festschrift for R. G. Tanner*, 1993, pp. 126-130; R. W. DYSON, *Natural Law and Political Realism in the History of Political Thought*, Volume I *From the Sophists to Machiavelli*, New York: Peter Lang, 2005, pp. 104, 105.

situando-se a fundação do constitucionalismo moderno na autonomia da esfera política e na soberania, bem como na dimensão liberal do contratualismo.¹⁵ A propósito, desenvolveu-se uma teoria da autonomia moral e uma teoria utilitarista da liberdade, aparentemente dispare, mas convergentes na ideia da secularização da moral e da limitação das interferências do Estado e da sociedade.

A concepção iluminista da autonomia moral foi essencialmente desenvolvida por Immanuel Kant.¹⁶ Para o efeito considerou que o ser humano se desenvolve através de duas vertentes: (i) uma natural, mediante a qual está condicionado pela sua condição animal; (ii) outra racional, permitindo-lhe estabelecer as suas leis, de modo a regular a sua conduta. Porém, as leis universais surgem previamente à razão de cada um, sendo a moral a exigência de respeitar as razões das leis da natureza, de modo que a existência humana e a sua vontade estejam subordinadas a um imperativo categórico, que acaba por ser um mandamento. Mas a vontade apenas se pode exprimir racionalmente, pelo que só um ser humano autónomo tem capacidade para o fazer. Por sua vez, a realidade para ser compreensível, tem de ultrapassar o conhecimento (razão teórica) e manifestar-se na realização inteligível da moral (razão prática). Daí que a autonomia seja a capacidade para se estabelecerem leis universais com razão, residindo aquela no modo racional como se exprimem os deveres de conduta, possibilitando que cada indivíduo atue de acordo com a sua vontade, respeitando os demais, mas sem que estes interfiram nas suas opções. Assim, uma pessoa é autónoma se os seus interesses pessoais corresponderem à sua vontade e se esta se manifestar de acordo com a sua razão. O princípio da autonomia da vontade significa que “todo o ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas ações”.¹⁷

Em suma, podemos dizer que a perspectiva kantiana da autonomia moral, é não só o marco fundacional do ser humano racionalista e moderno, como também o vértice moral do contratualismo social, ao considerar que “a autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (*Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur*), no contexto de um *mundus intelligibilis*, surgindo a autonomia da vontade como o “princípio supremo da moralidade” (*oberstes Prinzip der Sittlichkeit*).¹⁸

A perspectiva utilitarista da liberdade teve uma grande relevância no pensamento de John Stuart Mill, sendo patente a sua preocupação em encontrar limites para o poder da sociedade em relação aos indivíduos, a partir do dilema entre liberdade e autoridade.

¹⁵ AUGUSTO BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in AUGUSTO BARBERA (cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 13-15.

¹⁶ IMMANUEL KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga: 1786 (2.^a ed.), seguindo-se a edição bilingue germano-inglesa, *Groundwork of the Metaphysics of Moral*, Cambridge: CUP, 2011, confrontada com a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Edições 70, 2007, tradução portuguesa de Paulo Quintela, que seguiu igualmente aquela edição de Riga de 1786.

¹⁷ IMMANUEL KANT, ob. cit. 2011, p. 75.

¹⁸ IMMANUEL KANT, ob. cit. 2011, pp. 100, 104 e 108, optando-se por escrever *Prinzip*, alemão moderno, em vez de *Princip*, alemão tradicional, sendo este último que está no texto original do livro.

Muito embora a autonomia não fosse para si um referencial lexical, encontrou na liberdade (*liberty*) a barreira intransponível para o despotismo. A função primacial ou utilitária da liberdade, tanto a nível civil como social, não seria apenas mediante a visão clássica de “proteção contra a tirania dos governantes políticos”, mas ir mais longe, percebendo a natureza e estabelecendo “limites do poder que podem ser legitimamente exercidos pela sociedade sobre o individual”.¹⁹ E isto porque as limitações da liberdade não eram um exclusivo do governo, pois também podiam ter origem na sociedade, sendo aquelas introduzidas através da lei e estas mediante o costume. Assim, a concepção de “autogoverno” (*self-government*) ou do “poder do povo sobre si próprio” não poderia resultar numa “tirania das maiorias” (*tyranny of the majority*), designadamente das autoridades públicas, assim como dos magistrados. E também não podia levar a uma imposição das “opiniões e sentimentos dominantes”, que acabaria por ser uma “tirania social” (*social tyranny*), havendo a necessidade do “povo” limitar o seu poder. As regras de conduta que dissessem respeito aos indivíduos deviam ser estabelecidas pelos mesmos, de acordo com as suas próprias evidências e justificações, só sendo admissível interferir para prevenir quaisquer danos a outros. E isto naturalmente em relação àqueles que estivessem na maturidade das suas capacidades e aptidões, porquanto os demais precisavam de cuidado e de proteção, seja contra autoflagelações, seja relativamente a terceiros.

Deste modo, a liberdade era um pressuposto essencial para uma vida em sociedade e para a maximização da felicidade, cujo limite estaria naquilo que Stuart Mill concebeu como o “princípio do dano” (*harm principle*), ou seja, o exercício da liberdade individual não podia causar danos aos demais, prejudicando a liberdade destes. A sua perspectiva utilitarista da liberdade, começava assim a afastar-se da liberdade enquanto abstração, situando-a em concreto, contrapondo ainda o domínio individual da liberdade ao domínio dos governantes e das maiorias, exercitado essencialmente através do controlo estadual e da coerção moral. Daí a sua máxima que “Sobre si próprio, sobre o seu corpo e mente, o indivíduo é soberano”.²⁰

1.3. A construção hierárquica: uma ideia individual (autonomia isolacionista)

As posições recentes sobre a autonomia trazem consigo uma ideia de justiça, que tem por base um ideal de pessoa autónoma, racional, livre de influências e senhora das suas vontades e ações.²¹ Para que tal suceda é necessário estabelecer um processo íntegro de reflexão e decisão, num ambiente de vácuo às pressões e influências externas. Daí a necessidade de um método, estrutura ou processo, ordenador e hierarquizador de tudo o que possa confluir na vontade, connexionando e filtrando as preferências, os desejos e os anseios. Assim, e sem exaurir as diferentes posições que alinham nesta metodologia

¹⁹ JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), in *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*, Oxford: OUP, 2015, p. 5.

²⁰ JOHN STUART MILL, ob. cit., 2015, p. 13, “Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”.

²¹ JOHN CHRISTMAN, *Autonomy, History, and the Subject of Justice*, *Social Theory and Practice*, Vol. 33, n.º 1, 2007, pp. 1–26.

para uma autonomia individual, iremos apenas dar conta de duas teorias hierárquicas da autonomia, sendo uma institucional e outra processual.²²

A teoria hierárquica institucional tem sem dúvida na doutrina de Harry Frankfurt o seu melhor sustentáculo. Para o efeito, o mesmo parte da pessoa, não só como singularidade do “povo”, mas essencialmente da “estrutura de vontade da pessoa”. É esta estrutura que vai permitir distinguir as pessoas das outras criaturas, introduzindo um mecanismo estrutural decisório, o qual é integrado por dois níveis hierárquicos: (i) os “desejos de primeira ordem” (*first-order desires, desires of the first order*), que são simples aspirações de fazer ou não fazer, de fazer isto ou aquilo; (ii) os “desejos de segunda ordem” (*second-order desires, desires of the second order*), que implicam uma capacidade de reflexão e de autoavaliação, em que se decide fazer ou não fazer o que antes tinha sido desejado naquele primeiro nível.²³ Assim, um desejo (D) apreensível num primeiro nível (1), só passa a ser um “desejo efectivo” (*effective desire*) (DE), depois de ser assumido num segundo nível, mediante uma reflexão crítica (RC), por quem tenha capacidade (C) para o fazer, passando depois a existir uma vontade livre (DE = D1 * RC *), tomada por um agente autónomo.²⁴ Assim, para que o agente tenha uma vontade livre, deverá existir uma identidade entre esse desejos primários e os desejos efectivos, excluindo qualquer interferência nesse mesmo processo decisório.

A teoria hierárquica processual desenvolvida por Gerald Dworkin, levou-o a associar a autonomia à ideia de agência, enquanto capacidade para agir, de modo crítico, por si próprio e com responsabilidade. O mesmo teve o cuidado de “separar as águas” entre autonomia e liberdade, muito embora as mesmas sejam confluentes, mormente quando consideramos que a liberdade tem uma vertente positiva. Assim, sustentou que a autonomia é a capacidade de reflexão e decisão, enquanto a liberdade implica uma abstenção de interferência (negativa) ou a existência de alternativas (positiva).²⁵ Para o efeito, começou por considerar como agente todo aquele que é ativo ou atua por uma causa, enquanto agente moral seria quem vive autonomamente, traçando e desenvolvendo a sua atuação de acordo com as normas por si estabelecidas. O seu sistema hierárquico surgiu a partir de um procedimento com dois níveis: (i) as “primeiras ordens de preferências, desejos e anseios” (*first-order preferences, desires and wishes*) onde se começa a formar a vontade; (ii) as “segundas ordens de reflexão” (*second-orders reflections*), mediante a capacidade crítica

²² Seguimos apenas os posicionamentos originais, deixando de abordar outros, como por exemplo: uma perspectiva coerente de LAURA WADDELL EKSTROM, A Coherence Theory of Autonomy, in *Philosophy and Phenomological Research*, Vol. LIII, n.º 3, 1993, pp. 599-616; a perspectiva híbrida de STEFAAN E. CUYPERS, Autonomy beyond Voluntarism: In Defense of Hierarchy, *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 30, n.º 2, 2000, pp. 225-256; a perspectiva de planeamento de MICHAEL E. BRATMAN, A Desire of One’s Own, *The Journal of Philosophy*, Vol. C, n.º 5, 2003, pp. 221-242.

²³ HARRY G. FRANKFURT, Freedom of the will and the concept of person, *The Journal of Philosophy*, Vol. LXVIII, n.º 1, 1971, pp. 5 — 20 (6, 7).

²⁴ HARRY G. FRANKFURT, ob. cit. 1971, p. 14 introduz outras nuances, sendo uma delas uma “segunda ordem volitiva” (*second-order volitions*)

²⁵ GERALD DWORKIN, *The Theory and Practide of Autonomy*, Cambridge: CUP, 1997 (1988), pp. 48, 103-109 (107/108).

para aceitar ou mudar essas preferências, desejos ou vontades.²⁶ A autonomia surge, deste modo, como agência, correspondendo à capacidade de uma pessoa agir por si própria, refletindo previamente sobre as suas decisões, ponderando as suas condições e os seus condicionamentos.

Muito embora ambos proponham uma perspectiva hierárquica de autonomia, as suas estratégias são ligeiramente distintas, porquanto e como já referimos o primeiro percorre uma aproximação estrutural, enquanto o segundo segue uma aproximação processual. No entanto, a preocupação de ambos, como de outros que seguem este alinhamento, é a existência de *capacidade*, aferida mediante uma metodologia hierárquica, assegurando como que uma autonomia pura, expurgada de toda e qualquer influência, aproximando-se de um ideal de plena autonomia avaliativa e decisória. Para isso, servia a existência de diversos degraus, de modo a desimpedir ou a afastar o mínimo de interferências. Assim, será *agente autónomo* aquele que, ultrapassando um primeiro nível espontâneo, tem capacidade para atingir o segundo nível decisório, agindo depois em conformidade com este último. Podemos, assim, dizer que esta perspectiva hierárquica da autonomia estabeleceu uma metodologia, estrutural ou procedimental, para que exista um agente autónomo, mediante dois pressupostos: i) o agente controle as suas decisões e ações; ii) o agente tenha capacidade para encontrar e redefinir a sua própria pessoa.

Esta perspectiva não deixou de suscitar acentuadas críticas, baseadas na “verdade do próprio” e na infinidade de níveis que se poderia colocar para que existisse uma verdadeira autonomia.²⁷

1.4. A construção feminista: uma ideia relacional (autonomia relacional)

A autonomia estruturante, mediante um modelo hierárquico, do agente autónomo, parte de um modelo racional, individual e abstrato, ou seja, de um *super-homem*, imune a todas as interferências e pressões, ignorando todo e qualquer relacionamento social, sendo alheio às situações de dependência. Assim, só seria possível esse *super-agente* autónomo e individual se o mesmo vivesse num mundo extraterrestre, conduzindo muito recentemente à afirmação de que a autonomia é simplesmente um mito.²⁸ Será a partir da crítica a este modelo individualista de autonomia e a constatação da fragilidade humana, geradora de dependências, que se desenvolvem as teorias feministas da autonomia.²⁹

²⁶ GERALD DWORKIN, ob. cit., 1997, a sua nova posição foi expressa a pp. 12-10, tendo nas p. 15, reconhecido o abandono da sua posição inicial de necessidade de congruência ou identificação entre esses dois níveis, que tinha designado por *first-order motivations* e *second-orders identifications*, tal como expressou em *Autonomy and Behavior Control*, *Hastings Center Report*, Vol. VI, n.º 1, 1976, pp. 23-28, passando a acentuar a capacidade de reflexão e de crítica.

²⁷ JOEL ANDERSON, *Disputing Autonomy: Second-Order Desires and the Dynamics of Ascribing Autonomy*, *Sats — Nordic Journal of Philosophy*, Vol. IX, n.º 1, 2008, pp. 7-26, crítico desta perspectiva, sustentado uma aproximação construtivista e pragmática.

²⁸ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, *The Autonomy Myth: A theory of dependency*, New York: 2004, pp. 20-22.

²⁹ CATRIONA MACKENZIE; NATALIE STOLJAR, “Introduction — Autonomy Refigured”, na sua edição de *Relational Autonomy — Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*,

Destas enunciaremos apenas três leituras possíveis, que são uma teoria substantiva forte, uma teoria substantiva global e uma teoria compreensiva.³⁰

A necessidade de estabelecer uma outra autonomia, que saísse das malhas burocráticas e egoístas do individualismo foi sugerida por Jennifer Nedelsky, propondo uma linguagem assente no valor de autonomia — que também designa por autodeterminação —, ao mesmo tempo que reconhecia as exigências das capacidades humanas, sustentando fortemente que uma pessoa não é apenas uma criação individual, mas também uma criação social.³¹ Tal impunha a existência de outros “ingredientes de autonomia”, como se fosse um catálogo aberto, onde surgia compreensão, confiança, dignidade, eficácia, respeito, paz e segurança, ultrapassando-se a barreira entre o indivíduo e os demais que o rodeiam. A autonomia não seria um isolamento, mas antes um relacionamento, mormente com aqueles que podem servir de apoio e vir em auxílio. Isto não significa que as pessoas se assumem como seres passivos, subordinados, reconhecendo-se simplesmente que a autonomia pessoal é compatível com a interdependência, sendo ilusória a existência de uma autonomia estritamente individual e isolacionista.

A teoria substantiva e global foi sustentada por Marina Oshana, acentuando que a autonomia é essencialmente um fenómeno sócio-relacional. Assim, muito embora a autonomia seja uma manifestação individual, a mesma desenvolve-se num contexto social, sendo nessa confluência que se adquirem valores, desejos e convicções, traçando-se igualmente as escolhas e as ações.³² Contudo, estabelece quatro condições: i) reflexão crítica; ii) procedimento independente, ainda que possa não ser neutral, mas afastando qualquer coercividade ou manipulação; iii) acesso a um nível de opções relevantes e adequadas; iv) relacionamento social próprio. Tudo isto vai permitir uma autonomia social, que é fortemente abalada quando existem relações de subordinação, subserviência, dependência económica, psicológica ou qualquer outra que implique o controlo das escolhas ou opções.

Uma teoria compreensiva da autonomia feminista foi e continua a ser suportada por Catriona Mackenzie, que tem o seu suporte num entendimento multidimensional da autonomia.³³ Não haveria um conceito unitário de autonomia, mas distintas dimensões,

Oxford: OUP, 2000, pp. 5-12, sintetizam essas críticas em cinco alinhamentos: simbólico (o carácter abstrato e ideal do “homem autónomo”), metafísico (agentes estritamente individualizados, num ambiente isolado e separados da realidade), cuidados (agentes autossuficientes e totalmente independentes, ignorando as relações sociais de interdependência), pós-modernistas (desconsidera as situações de micro-poder) e diversidade (agentes coesos e padronizados).

³⁰ CATRIONA MACKENZIE, *Feminist conceptions of autonomy*, in ANN GARRY; SERENE J. KHADER; ALISONE STONE, *The Routledge companion to feminist philosophy*, New York: 2017, pp. 515-527, traça o estado da arte das mais proeminentes concepções.

³¹ JENNIFER NEDELSKY, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol I, n.º 1, 1989, pp. 7–36.

³² MARINA OSHANA, *Personal Autonomy and Society*, *Journal of Social Philosophy*, Vol. XIX, n.º 1, 1998, pp. 81 — 102.

³³ CATRIONA MACKENZIE, *Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis*, in ANDREA VELTMAN; MARK PIPER (Edit.), *Autonomy, Oppression, and Gender*, Oxford: OUP, 2014, pp. 15 — 41.

que surgem como interdependentes, sugerindo uma leitura relacional das mesmas. Uma dessas dimensões é a *autodeterminação* (i), a qual está relacionada com as condições externas, sejam sociais, sejam políticas, que interferem ou propiciam tanto a liberdade, como as oportunidades de avaliação por parte do agente no âmbito do seu meio ambiente. A outra dimensão é a *auto-governança* (ii), centrada nas condições internas, como sejam as habilidades e as capacidades necessárias para cada pessoa fazer as suas escolhas e tomar decisões, como seja a capacidade para entender informações relevantes, fazendo um juízo sobre as mesmas e comunicando as mesmas. A terceira e última dimensão é *auto-autorização*, exercendo o controlo sobre a sua vida e o seu corpo, implicando a existência de autoridade normativa, que se desdobra em diversas valências, tais como a responsabilidade, atitudes de autoavaliação e reconhecimento social.

Muito resumidamente, podemos dizer que estas visões feministas críticas da autonomia isolacionista, vão permitir superar uma *visão atomística do indivíduo*, trazendo o mesmo para a realidade social e para o seu ambiente, assumindo uma *visão globalizante do indivíduo*, acentuando a sua natureza relacional, acabando por refundar a autonomia.

1.5. A construção contemporânea: uma ideia de reconhecimento (autonomia pessoal)

A autonomia não é apenas um conceito em expansão, sendo igualmente uma característica particular das pessoas. Atentas as suas raízes históricas com origens num modelo político de auto-governança ou autodeterminação, poderia existir a tentação de transpor os mesmos para a esfera pessoal, o que rondaria num clamoroso erro porquanto, e desde logo, omitir-se-ia a autorrepresentação.³⁴ Também poderíamos facilmente cair na autarcia, ou seja, na autossuficiência, que caracteriza os modelos binários da (in)capacidade — ou se tem capacidade ou não se tem — e muitas pessoas ficariam sem uma resposta jurídica adequada.

A resposta ajustada passa por um discurso de direitos humanos, numa clara linguagem de direitos, e pelo reconhecimento da autonomia como uma realidade política, moral e jurídica, que não pode ser o privilégio (direito) de uns e a desvantagem (não direito) de outros. Assim, o seu reconhecimento jurídico tanto como valor, princípio e modelo que opera nas relações pessoais, tanto intersubjetivas como com o Estado, exige, desde logo, um relacionamento de respeito e confiança entre quem se situa nessa relação jurídica de autonomia, gerando direitos e deveres. E sempre que seja necessário e adequado, para fazer face à dependência ou à vulnerabilidade da pessoa em causa, deverá alavancar-se esse potencial agente autónomo, através de uma estrutura de apoio à sua capacitação, concedendo-se prioridade à sustentabilidade dessa condição de autonomia, enquanto estruturante do estatuto de cidadania.³⁵ Aliás, essa premência é uma exigência relativamente às pessoas com uma ausência plena, permanente e irreversível das capacidades de discernimento ou nas situações em final de vida, onde os direitos humanos e a

³⁴ PETER BAUMANN, *Die Autonomie der Person*, Paderborn: mentis, 2000, p. 10.

³⁵ JOEL ANDERSON; AXEL HONNETH, *Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice*, in JOHN CHRISTMAN; JOEL ANDERSON, *Autonomy and the Challenges to liberalism — New Essays*, Cambridge: CUP, 2005, pp. 127 — 145 (144/145).

dignidade humana são muitas vezes esquecidos, em que uma certa “ética de vida”, acaba por ser um “sofrimento imoral”.³⁶

2. Anatomia e estrutura da autonomia

Mas quando é que podemos dizer que uma pessoa tem autonomia ou age como se fosse um agente autónomo? Tentando densificar o seu conteúdo iremos referenciar as suas vertentes, precisar as suas modalidades, estabelecer as suas variantes e encontrar as suas medidas.

2.1. Dimensões

De um modo geral e face ao que temos anteriormente descrito, podemos dizer que mediante a autonomia negativa recusa-se a interferência de quaisquer poderes exteriores que controlam, determinam ou incentivam (*nudge*) uma pessoa a agir, por comissão ou omissão, relativamente a *interesses seus* situados na sua esfera individual, mediante *opções ou atuações pessoais*, salvo se essa pessoa consentir nessa intromissão, aceitando no momento ou autorizando previamente. Por sua vez, através da autonomia positiva procura-se que qualquer pessoa tenha as condições necessárias para desenvolver as *suas avaliações e razões*, exercendo, de acordo com as mesmas, o seu *poder de atuação sobre si mesmo*.

2.2. Modalidades

A autonomia tem uma imensa elasticidade, não sendo unívoca, porquanto o ser humano é complexo, não existindo um padrão de humano, como antes existia e ainda existe com o *bonus pater familiae* — faltava sempre a *bonus mater familiae*. Seria redutor encontrar na mesma uma única modalidade, como muito vezes se faz, equiparando a autonomia à autodeterminação, desprezando-se toda a sua restante anatomia.

A propósito, e no seguimento do que já referimos anteriormente, partindo do seu significado histórico e da sua compreensão contemporânea, podemos enumerar as seguintes modalidades: a) auto-governação (condições internas); b) autodeterminação (condições externas); c) auto-validação, sendo o mesmo que auto-autorização (responsabilidade, autoavaliação e reconhecimento social); d) autorrepresentação, seja direta (através do próprio), ou indireta (procurador ou mandatário); e) auto-prospetiva, planejando o futuro, desenvolvendo estratégias de autonomia, numa altura em que dispõe da mesma, para momentos ou situações de autonomia decrescente ou em que esteja mesmo ausente, programando a gestão e o destino do seu património, dos seus cuidados de saúde e da própria vida.

³⁶ HEINER BIELEFELDT, *Menschenwürde und Autonomie am Lebensende — perspektiven der internationalen Menschenrecht*, in CAROLINE WELSH *et alii* (Hg.), *Autonomie und Menschenrechte am Lebensende Grundlagen, Erfahrungen, Reflexionen aus der Praxis*, Bielefeld: 2017, p. 49 refere-se à “razão incondicional dos direitos humanos” (*unbedingter grund der menschenrechte*) nessas situações.

2.3. Variantes

A autonomia não é um conceito unitário, muito embora se possa estabelecer as suas dimensões negativas e positivas, para delimitar o seu significado e percebermos o seu valor e a sua relevância enquanto princípio. Por isso, podemos destacar, para melhor percebermos o seu conteúdo, os seguintes desdobramentos: a) *autonomia informativa*, que muitas vezes surge referenciada, de modo indevido, como autodeterminação informativa, que tem tanto uma *função cognitiva* (i), de conhecimento da situação pessoal e social, uma *função hermenêutica* (ii), de interpretação dessa realidade, assim como uma *função expositiva* (iii), esclarecedora de si própria no contexto social, fornecendo elementos e dados; b) *autonomia reflexiva*, que tem por base as suas necessidades, escolhas e a análise de ambas; c) *autonomia funcional*, que conjuga as suas capacidades, atribuições e desempenhos pessoais; d) *autonomia decisória*, que se desdobra na avaliação, ponderação, utilidade e sentido das suas decisões (i) e na tomada, propriamente dita, dessa deliberação (ii); e) *autonomia comunicativa*, que consiste “em tornar comum” — no sentido etimológico de comunicação (lat. *communicatio*) — os elementos, dados e razões do processo avaliativo e/ou resolutivo, mediante instrumentos próprios, sejam pessoais (visual, gestual, sonoros), mecânicos (escritos, digitais) ou qualquer outro que permita estabelecer uma ligação entre o emissor e o receptor.

2.4. Mensurabilidade

As avaliações da autonomia e da capacitação são um instrumento imprescindível para se poder instituir as *infraestruturas de qualquer sistema de apoio*, de modo que estes estejam nutridos por uma *linguagem de direitos*, obstando-se à implementação de sistemas de substituição, os quais conduzem à morte civil de uma pessoa, pois destroem a sua capacidade jurídica.

Para o efeito, seguimos os contributos oriundos da teoria das capacidades (*capability approach*), centrada nos direitos humanos e como forma de alcançar o bem-estar, sendo este compreendido através das capacidades, estabelecendo-se em concreto um índice de capacidades básicas, aprimorada pela teoria das funcionalidades seguras, seguindo ainda os contributos de uma teoria pluridimensional da autonomia.³⁷ E isto porque esta aproximação teórica possibilita atingir três objectivos essenciais: 1) permite *diferenciar uma pessoa*, não a embrulhando em pacotes tipo e redutores (incapacidade *versus* capacidade),

³⁷ A teoria das capacidades foi essencialmente desenvolvida por AMARTYA SEN, donde destacamos *Equality of What?*, in McMURRIN, *Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge, CUP, 1980; *Inequality Re-examined*, Oxford: Clarendon, 1992, pp. 197-220; *Elements of a Theory of Human Rights*, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. XXXII, n.º 4, 2004, pp. 315-356; assim como por MARTHA NAUSSBAUM, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge: HUP, 2006; *Creating Capabilities*, Cambridge: HUP, 2011. Por sua vez, a teoria das funcionalidades seguras, com origem naquela teoria das capacidades, foi aperfeiçoada por JONATHAN WOLF e AVNER DE-SHALIT, *Disadvantage*, Oxford, OUP, 2007. Por último, seguimos SUZY KILLMISTER, *Taking the Measure of autonomy: A four-dimensional theory of self-governance*, New York: Routledge, 2018.

que são muitas vezes descartáveis, pois uma pessoa, como já referia Ortega y Gasset, é ela própria e as suas circunstâncias, as suas singularidades, não só pessoais, mas que estendemos às sociais e às ambientais; 2) possibilita um *quadro de intervenção flexível e com multi-propósitos*, sejam legais, jurídicos ou mesmo informais; 3) as *infraestruturas do sistema de apoio* a implementar devem estar dirigidas às suas *discapacidades* e não à sua saúde, comportamentos e muito menos à sua deficiência, pois esta apenas conhece a pessoa singular e ignora o seu contexto social e ambiental, partindo-se desta envolvimento ou completude para a implementação de ações afirmativas, em concreto e não em abstrato.

Tal conduz à inventariação das necessidades (i), tanto a nível individual, como social, combinando as mesmas com as funções humanas daquela pessoa específica (ii) e que, na prática, necessitam de ser capacitadas (iii), para assegurar e maximizar a sua autonomia, quando a mesma está numa situação vulnerável de incapacidade. Uma pessoa terá *capacidade para fazer e ser* se estabelecermos e desenvolvermos aquelas funcionalidades seguras necessárias, adequadas e ajustadas, para que a mesma prossiga os seus legítimos interesses.

Assim, nessas medidas da avaliação, podemos distinguir uma fase de identificação, uma fase de concretização e uma outra fase de reponderação. Na *fase de identificação* procura-se uma autodefinição (a), de valores, crenças e objectivos, bem como a sua auto-organização (b), através da preparação, ordenação e planeamento. A seguir, na *fase de concretização*, pretende-se tanto a sua auto-execução (c), através da realização interna e externa, como a auto-unificação (d), através da integração pessoal e social. Por último, na *fase de ponderação* efectua-se uma auto-reconstituição (e), do passado, presente e futuro.

Por sua vez, nas medidas da capacitação estimamos as capacidades concretas de uma pessoa (nível interno), assim como as circunstâncias contingentes e adversas do seu meio ambiente (nível externo), aferindo-se os meios ou instrumentos existentes e necessários (nível de bens e recursos).

3. A construção jurídica da autonomia

3.1. A construção contratualista — um princípio privatístico

A autonomia privada com o iluminismo passou a ter uma centralidade no âmbito do direito civil, sendo uma fonte intransponível das obrigações contratuais, tal como ficou, desde logo, reconhecido no *Code Civil des Français* de 1804, também conhecido como Código de Napoleão, através do seu artigo 1.134.^o³⁸ A autonomia privada confluída num contrato passa a ter força de lei entre as partes outorgantes, assentando na supremacia do *dogma da vontade pura* e no *individualismo negocial*.

Este reconhecimento da autonomia privada foi transposto para o nosso ordenamento jurídico através do Código Civil de Seabra de 1867, mediante a noção legal de contrato contida no seu artigo 641.^o³⁹, estando as condições de validade de um contrato (artigo

³⁸ “Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les sont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”.

³⁹ “Contracto é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”.

643.º) na “capacidade dos contraentes” — os “habeis para contractar” (artigo 644.º) —, no “mutuo consenso” e no “objecto possível”. Estávamos num momento de exaltação do individualismo, que tem a sua melhor expressão na obra do Visconde de Seabra sobre a propriedade, numa abordagem a partir da Filosofia do Direito.⁴⁰ O Código Civil de 1966, através da liberdade de contratar, contemplada no seu artigo 405.º⁴¹, e da forte vinculação jurídica gerada pelos contratos, através do subsequente artigo 406.º, continua a ser uma elucidativa manifestação da autonomia privada no eixo da teoria liberal dos contratos. Daí que, em regra, só reconheça como patologias subjetivas contratuais a ausência genuína de vontade, através da sua falta ou de graves vícios volitivos, como seja a coerção ou o erro (artigos 240.º a 256.º), conferindo uma nítida excepcionalidade à incapacidade acidental, pois só opera quando esta for notória (artigo 257.º) e à usura, que só releva quando os benefícios forem excessivos ou injustificados (artigo 282.º).⁴²

3.2. A construção emancipadora — um princípio político ou funcional

O direito à autodeterminação dos povos, caminhou quase que a par do direito de secessão, ainda que sejam conceitos distintos.⁴³ Muito embora se possa encontrar no Tratado de Versalhes de 1919, que surgiu após a I Guerra Mundial, uma alusão implícita à noção de autodeterminação dos povos, só com a Carta das Nações Unidas de 1942, através do seu artigo 1.º, n.º 2⁴⁴ obteve a sua primeira consagração expressa a nível do direito internacional.⁴⁵ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assim como o Pacto Internacional dos Direitos Económicos e Sociais, ambos de 1966, reconhecem igualmente “All peoples have the right of self-determination” (artigo 1.º).⁴⁶ A nossa Constituição para além de reconhecer “o direito dos povos à autodeterminação

⁴⁰ ANTÓNIO LUÍS DE SEABRA, *A propriedade. Filosofia do Direito, para servir de introdução ao Comentário sobre a lei dos Foraes*, Coimbra: 1850.

⁴¹ “1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados.”

⁴² THOMAS GUTMANN, *Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. LXXVI, n.º 2, 2013 pp. 39-55 (54), sugere a introdução da “exploração”, como um conceito normativo complexo, para a obtenção de vantagens injustas de pessoas em situações de manifesta vulnerabilidade.

⁴³ ALLEN BUCHNAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination — Moral Foundations for International Law*, Oxford: OUP, 2007, pp. 331-400.

⁴⁴ “Desenvolver relações de amizade entre as nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da auto-determinação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas para reforçar a paz universal”.

⁴⁵ MILENA STERIO, *On the Right to External Self-Determination: “Selfistans”, Secession, and the Great Powers’ Rule*, *Minnesota Journal of International Law*, Vol. XIX, n.º 1, 2010, pp. 137-176 (140-142).

⁴⁶ *United Nations Treaty Series*, Volume 999, I-14668, 1976, p. 173; Volume 993, I-14531, 1976, p. 5. As versões oficiais publicadas no Diário da República dizem “Todos os povos têm o direito a dispor deles mesmos” (Lei n.º 29/78, de 12/jun., DR I, n.º 133, Suplemento; Lei 45/78, de 11/jul., DR I, n.º 157).

e independência” (artigo 7.º, n.º 3), consagra, na regulação do Estado Unitário (artigo 6.º), a “autonomia das autarquias locais”, a autonomia da criação e investigação científicas (artigo 73.º, n.º 4), a autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira das universidades (artigo 76.º, n.º 2), a autonomia funcional do Ministério Público (artigo 219.º, n.º 2) e a autonomia político-administrativa e legislativa das Regiões (artigos 225.º, n.º 2 e 3; 228.º). O Tratado da União Europeia (TUE) também dá abrigo à autonomia local e regional (Jornal Oficial UE C/83, 2010, artigo 4.º, n.º 2). Em todos estes textos à uma ideia de emancipação política.

3.3. A construção de uma linguagem de direitos — valor, princípios e regras

A Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina de 1997, igualmente designada como Convenção de Oviedo (DR I-A, n.º 2, 03/jan./2001), muito embora não tenha uma disposição expressa consagrando a autonomia pessoal, está nitidamente imbuída desse valor e princípio ao estabelecer, como sua regra geral, o direito ao consentimento informado (artigo 5.º).⁴⁷ Posteriormente, a Convenção Relativa à Proteção Internacional de Adultos de 2000 (DR I, n.º 116, 19/jun./2014), veio mencionar no seu preâmbulo que “os interesses do adulto e o respeito pela sua dignidade e autonomia devem ser considerações fundamentais”, sem que qualquer disposição lhe faça uma referência expressa. Muito embora seja discutível, tem vindo a ser aceite que os preâmbulos dos direitos internacionais, para além de enunciarem a sua génese autobiográfica, têm, de facto, uma forte carga interpretativa dos respectivos tratados, revelando a sua racionalidade e teleologia, através de uma análise de conteúdo, política, genealógica e estrutural.⁴⁸

Foi no entanto com a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 (DR I, n.º 146, 30/jul./2009, doravante CDPD) que houve uma menção expressa a autonomia, não só no seu preâmbulo, reconhecendo a sua importância para as pessoas com incapacidade (alínea n)), mas no próprio texto legal. No entanto aqui não elegeu uma designação uniforme, pois tanto se refere à “autonomia individual”, como um dos princípios estruturantes dessa Convenção (artigo 3.º, al. a)), como à “autonomia da pessoa” (artigo 16.º, n.º 4), quando está em causa a recuperação e reabilitação das pessoas sujeitas a exploração, violência e abusos, ou menciona simplesmente “autonomia”, a propósito da saúde e a formação dos seus profissionais, designadamente através de normas deontológicas (artigo 25.º, al. d)). Apesar deste desacerto, não deixa qualquer sombra

⁴⁷ Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, sendo esta a sua designação completa. Em vez de Direitos do Homem mencionamos Direitos Humanos, seguindo a recomendação da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, DR I, n.º 65 de 03/abr./2013.

⁴⁸ JACQUES CHEVALIER, *Essai d'Analyse Structurale du Préambule*, in GENEVIÈVE KOUBI, *Le Préambule de la constitution de 1946: antinomies juridiques et contradiction politiques*, Paris: 1996, PUF, pp. 13-36; LIAV ORGARD, *The preamble in constitutional interpretation*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. VIII, n.º 4, 2010, pp. 714-738, TOM GINSBURG, NICK FOTI, DANIEL ROCKMORE, “We The Peoples”: The global origins of Constitutional Preambles, *The George Washington International Law Review*, n.º 46, 2014, pp. 101-135; MAX H. HULME, *Preambles in Treaty Interpretation*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. XLIV, 2016, pp. 1281-1343.

de dúvidas que a *autonomia pessoal* é uma das âncoras desta Convenção, representando simultaneamente uma inovação expressamente aceite e integrada no catálogo internacional dos direitos humanos, passando a ser um dos seus valores e princípios.

Posteriormente, mas ao nível regional dos direitos humanos, mais precisamente da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa de 2015, a autonomia veio igualmente a ser normativamente reconhecida, desde logo na definição de serviços sócio-sanitários, sendo enunciada como um dos seus objetivos (artigo 2.º), como princípio estruturante dessa Convenção (artigo 3.º, al. c)) e um dos direitos dos idosos (artigo 7.º)⁴⁹, enunciando-se até de uma forma generosa e sustentada. Essa menção expressa à autonomia prosseguiu na estatuição do direito do idoso a receber serviços de cuidado de longo prazo (artigo 12.º) e no direito à recreação, ao lazer e ao desporto (artigo 22.º).

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Jornal Oficial U. E., 2010/C, 83/02), na previsão da integração das pessoas com incapacidade (artigo 26.º), afirma reconhecer e respeitar o direito destas a “beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade”. Poder-se-á questionar a relevância e força jurídicas deste direito através desta previsão legal, porquanto esta Carta tem como seus destinatários os Estados-membros, quando estes implementam direito comunitário (artigo 51.º, n.º 1). No entanto, a leitura deste segmento normativo deverá ser conjugada com o restante bloco normativo que rege a interpretação e a aplicação da carta (Título VII). Isto significa que, muito embora os direitos reconhecidos nesta Carta sejam direitos subjetivos públicos, incidindo primordialmente nas relações verticais (cidadão/Estado), tanto a cláusula de prevalência da norma mais favorável sobre os direitos humanos (artigo 52.º, n.º 3), que por maioria de razão abrange todo os instrumentos internacionais globais dos direitos humanos, como a cláusula de nível máximo de proteção dos direitos humanos (artigo 53.º), que têm por base um critério substantivo, conduzem a um *standard mínimo de proteção e de afirmação* desses mesmos direitos nas relações intersubjectivas, propiciando um efeito horizontal, pelo menos mediato.⁵⁰ Mas numa coisa não existe dúvida, é no efeito imediato nas relações entre os cidadãos e o Estado, tanto mais que os direitos, liberdades e princípios enunciados nessa Carta são Direito originário da União Europeia (artigo 6.º, n.º 1 do TUE).

A Constituição da República, após a Revisão de 1997 (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/set., artigo 45.º; DR I, n.º 218), cuja modificação deixamos a negrito, consagrou

⁴⁹ “Os Estados Partes ... reconhecem o direito do idoso a tomar decisões, a definir o seu plano de vida, a desenvolver uma vida autónoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer os seus direitos”, assegurando em especial “a) O respeito à autonomia do idoso na tomada das suas decisões, bem como a independência na realização dos seus actos”.

⁵⁰ FRANCESCO SAVERIO MARINI, I Diritti Fondamentali Della CEDU e Della Carta Dell’Unione Europea Come Diritti Pubblici Soggettivi, in ANTONIO D’ATENA, PIERFRANCESCO GROSSI (cura di), *Tutela dei Diritti Fondamentali e Costituzionalismo Multilivello*, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 58/59.

no normativo sobre a “Terceira idade” (artigo 72.º), que as pessoas idosas têm direito “a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que **respeitem a sua autonomia pessoal**, e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social”. Não entrando agora na tão discutida e discutível — para uns, mas não para outros —, eficácia jurídica dos direitos sociais, podemos dizer que a autonomia pessoal tem já uma expressa marca constitucional. Mas a nosso ver, também já tinha uma marca implícita, que começou logo na versão originária da Constituição, ao enunciar a dignidade da pessoa humana como valor e princípio estruturante e estruturador do nosso projeto de vida em comunidade, na versão política de *res publica* (artigo 1.º). E para este entendimento basta simplesmente seguir a enunciada perspectiva kantiana de que a autonomia é o sustentáculo da “dignidade da natureza humana”. Essa impressão digital da autonomia pessoal veio a ter maior sustentação, quando nesse mesmo normativo se acrescentou, através da Revisão de 1989 (Lei Constitucional n.º 1/89, de 08/jul., artigo 2.º; DR I, n.º 155), que estávamos empenhados no projeto de “construção de uma sociedade livre”, a qual não existiria sem agentes autónomos. Mas o ADN constitucional da autonomia pessoal também teve o seu esboço no catálogo dos direitos fundamentais, quando se aperfeiçoou a consistência dos demais direitos pessoais constitucionais (artigo 26.º), ao introduzir o direito à capacidade civil (Lei Constitucional n.º 1/82, de 30/set., 26.º, n.º 1; DR I, n.º 227) e ao consagrar o direito ao desenvolvimento da personalidade (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/set., artigo 10.º) — houve nesta última uma nítida inspiração germânica⁵¹, sendo certo que já havia uma tutela geral cível da personalidade (70.º Código Civil).

No plano infraconstitucional, tem sido igualmente progressivo o reconhecimento legal da autonomia pessoal, sendo no entanto de diferenciar a regulamentação específica no âmbito da designada deficiência, daquela outra existente no domínio da prestação dos cuidados de saúde.

Na primeira, começamos por mencionar o designado *Regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência* (Lei 38/2004, 18/ago.; DR I-A, n.º 194), enunciando como princípio da autonomia que “A pessoa com deficiência tem o direito de decisão pessoal na definição e condução da sua vida” (artigo 7.º). Posteriormente, surgiu o *Regime Jurídico da Prestação Social para a Inclusão* (Decreto-Lei n.º 126-A/2017, de 06/out.; DR I, n.º 193), ao considerar que a proteção de encargos, no subsistema de proteção familiar, visa “promover a autonomia e a inclusão social da pessoa com deficiência” (artigo 2.º, n.º 1), imediatamente seguido pelo programa “Modelo de Apoio à Vida Independente” (Decreto-Lei n.º 129/2017, de 09/out.; DR I, n.º 194), onde obtém menções preambulares — “é essencial garantir a autonomia e autode-terminação das pessoas com deficiência, pressupostos fundamentais da plena inclusão e da efetiva participação em todos os contextos de vida”, sendo a autonomia um dos seus princípios fundamentais (artigo 4.º, al. d)), incluindo a promoção da autonomia o pro-

⁵¹ A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 passou a consagrar no seu artigo 2.º, n.º 1 que “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”, que traduzimos como “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem nem atentem contra a ordem constitucional e a lei moral”.

grama de formação dos candidatos a assistentes pessoais (artigo 18.º, n.º 1, al. c)).

Na segunda, destacamos o *Regime Jurídico das Diretivas Antecipadas de Vontade* (DAV), instituído pela Lei 25/2012, 16/jul. (DR I, n.º 136), que sem mencionar expressamente a autonomia pessoal, não deixa de estar toda esta disciplina legal modelada e assente no direito ao consentimento livre e informado, que, como sabemos, é a mais elementar manifestação daquela autonomia no domínio da prestação dos cuidados de saúde. Para o efeito, basta atentar na sua definição e conteúdo (artigo 2.º), nos requisitos legais da capacidade para instituir uma DAV (artigo 4.º, al. c)), bem como na nomeação de um procurador dos cuidados de saúde (artigo 11.º) — aqui não deixa de ser claramente assumido que os poderes de representação desse procurador são para quando a pessoa representada “se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”. Mais recentemente, tendo passado um tanto ou quanto despercebida, surgiu a Lei 31/2018, 18/jul. (DR I, n.º 137), estabelecendo os *Direitos das Pessoas em contexto de doença avançada e em fim de vida*, em que para além de reafirmar o direito ao consentimento informado (artigo 5.º), veio enumerar o direito a receber os apoios e prestação sociais “em função da situação de doença e de perda de autonomia” (artigo 9.º, al. e)), no âmbito de um catálogo designado, um tanto ou quanto atabalhoadamente, como “Direitos não clínicos”.

4. As (in)capacidade e a capacitação

4.1. A teoria jurídica tradicional das (in)capacidades

A essência da capacidade jurídica no clássico direito romano, advinha da plenitude do *status* (*libertatis, civitatis, familiae*), o qual cabia apenas ao *pater familiae* (pai de família), sendo neste que residia o poder soberano sobre a família e os seus bens, dispondo do “seu direito” (*sui juris*) — os demais tinham uma capacidade jurídica diminuída ou subordinada, não tendo plenos direitos (*alieni juris*).⁵² Será de relembrar que, naquela época, os direitos absolutos subjetivos eram uma categoria jurídica desconhecida.⁵³

Como causas naturais limitadoras dessa capacidade, podemos encontrar, entre outras, o *furiosus* (demente), que por razões de saúde mental estaria sujeito à *curatio*, ficando sem qualquer tipo de capacidade negocial, seja ao nível da sua pessoa, seja do seu património, assim como o *prodigi* (pródigo), que face ao perigo de dissipação do património familiar, beneficiaria da *interdictio bonorum* (interdição boa), ficando limitada a sua ca-

⁵² ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições e Direito Civil, Volume I — Introdução e Parte Geral, Direito das Pessoas*, Lisboa: Livraria Clássica, 1934, p. 340; TOMAS PUMAR ORTEGA, *Algunos Aspectos de la Capacidad Juridica en Derecho Romano*, JOSÉ MARIA COMA FORT, *Precedentes de la Capacidad Jurídica en el Derecho Romano*, ambos in ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (Editor), *La Capacidad Jurídica*, Madrid: Dykinson, 2005, respectivamente, pp. 91-105 (91/101) e 107-125 (101/110); RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, *A Capacidade Jurídica em Retrospectiva*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Volume II A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 183-197, traça um sintético mas elucidativo percurso desta noção jurídica desde o direito da romanidade, com um particular enfoque no direito português.

⁵³ MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris: PUF, 2016 (1.ª Ed. 1983), pp. 77-79.

pacidade negocial. A *curatio* também podia ser estendida aos mudos, surdos e deficientes em geral, terminando com o restabelecimento da saúde do mentecapto ou do deficiente. A restante interdição era uma consequência punitiva, decorrente da prática de um crime grave, tendo um nítido carácter sancionatório, de que é exemplo a *aquae et igni interdictio* (privação da água e do fogo), conduzindo à privação da cidadania, tanto civil, como política, sendo muitas vezes acompanhada da *deportatio* (deportação).⁵⁴

A *curatio* e a *interdictio* romanistas influenciaram o ordenamento jurídico português ao longo dos tempos, como sucedeu com as Ordenações Filipinas, ao decretar que “se devem também dar Curadores aos Desasisados e desmoriados, e aos Prodigos, que mal gastarem suas fazendas” (Livro IV, título 103, § 6.º), sendo essa prodigalidade extensível às mulheres, quando as mesmas fossem viúvas (Livro IV, título 107, §§ 2.º - 6.º).

Mais tarde, sob o manto da Lei da Boa Razão de 18/ago./1769 e mediante a influência da doutrina do “racionalismo naturalista e jurídico”, o direito comum da pré-codificação tem uma crescente influência do *Code Civile des Français* (1804), passando a ser considerado como referência e “fonte subsidiária”.⁵⁵

O Código Civil de Seabra, através do seu artigo 314.º, veio considerar “interdictos do exercício dos seus direitos os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e seus bens”, apenas prevendo este instituto para as situações de demência em geral, considerado na ocasião, por alguns, como sendo pouco flexível, pois não atendia às diversidades das situações incapacitantes, nem à maleabilidade dos seus constrangimentos legais, acabando sempre por destituir o interditado de quaisquer direitos.⁵⁶ Esta rigidez foi quebrada com a admissibilidade das interdições parciais, através da reforma de 1930, implementada pelo Decreto n.º 19.126, de 16/dez. (artigo 314.º, § 1).⁵⁷ Os surdos-mudos passariam a estar sujeitos a tutela, quando “não tiverem a capacidade necessaria para reger os seus bens”, excluindo-se a governação da sua pessoa (artigo 337.º), sendo a mesma variável de acordo com “o [seu] grau de incapacidade” (artigo 338.º). Os pródigos, por sua vez, poderiam ser igualmente interditados (artigo 340.º).

O Código Civil de 1966 começou por tratar o regime das incapacidades mediante os institutos da interdição (artigo 138.º) e da inabilitação (artigo 152.º). Esta designação

⁵⁴ M. A. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge: University Press, 1932, pp. 408/409.

⁵⁵ GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Obras Esparsas, Volume II, Estudos de História do Direito. Direito Moderno, 2.ª Parte*, Coimbra: 1981, pp. 245-436, num estudo sobre o direito subsidiário ou de integração de lacunas na história do direito português, face à escassez e imperfeição do direito pátrio, refere-se precisamente à influência da codificação napoleónica em Correia Telles e Coelho da Rocha (pp. 432/433).

⁵⁶ JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, Volume II Pessoas, cousas, factos jurídicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1928, p. 81.

⁵⁷ O texto deste parágrafo era o seguinte: “Se o indivíduo, em virtude de enfermidades mentais ou fraqueza de espírito, se mostrar apenas incapaz de praticar determinados actos, poderá igualmente ser interdito, limitando-se, porém, a interdição àqueles actos. A extensão e os limites desta tutela serão especificados na sentença de interdição”.

seguiu a terminologia italiana da *interdizione* (414.º) e da *inabilitazione* (415.º) constante no seu *Codice Civile* de 1942, mas afastou-se da sua sistematização, porquanto neste último código esta matéria vem regulada no Livro Primeiro, intitulado *Delle persone e della famiglia*.⁵⁸ Como se sabe, o modelo sistemático do atual Código Civil é de inspiração germânica, mas o seu Código Civil (BGB), na parte geral (Livro I), apenas regula a incapacidade negocial (§104 *Geschäftsunfähigkeit*, §105 *Nichtigkeit der Willenserklärung*), deixando a então designada matéria da tutela e da curatela dos maiores, agora da assistência legal, para o Livro IV do Direito da Família (*Familienrecht*).

O regime das incapacidades de 1966 era claro nas suas opções político-legislativas daquilo que entendia ser a melhor proteção dos incapazes, que passaria pela privação ou limitação dos seus direitos, mais precisamente da sua capacidade de agir. Assim, proteger uma pessoa nestas situações, não era conceder-lhe direitos nem apoios, mas privar a mesma de direitos, substituindo-a por outrem nomeada pelo tribunal. As turbulências interpretativas incidiram essencialmente sobre o conceito de “anomalia psíquica”, o qual acabaria por ser um poço sem fundo, pois tanto abrangia as perturbações das faculdades mentais, como as volitivas, como sustentava a jurisprudência (v.g. Acs. STJ 21/jul./1983 BMJ 329/523, 19/nov./2015, CJ (S) III/141), seguindo a posição dos trabalhos preparatórios. Mas havia ainda quem, como sucedia com Menezes Cordeiro estendesse esse manto de “anormalidade”, ao “alcoolismo crónico” e à “toxicomania incurável”.⁵⁹

Como se pode constatar, o Código Civil de 1966 acolheu um autêntico modelo decisório de substituição, tendo a interdição uma extensão total, porquanto a pessoa interdita passava a ficar completamente privada de governar a sua pessoa e bens, o que corresponde à sua “morte civil”, enquanto na inabilitação a pessoa em causa ficava inábil, “quase em morte civil”, ficando carente do seu curador para ter “vida civil”. Este modelo dualista de resposta jurídica às incapacidades, acaba por se cingir a uma unicidade padronizada de representação, ou pelo tutor ou pelo curador, sendo, por outro lado, institutos com vocação quase exclusivamente patrimonial, porquanto a proteção era dirigida aos bens e não à pessoa propriamente dita, na tradição romanista de preservar o património da instituição familiar.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), relativamente a modelos jurídicos semelhantes de unicidade substitutiva e perante a sua inflexibilidade, mormente quando se está perante restrições de direitos por razões estritas de anomalia psíquica, considerou esses regimes como violadores do direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8.º da CEDH (Acs. *Chtoukatourov c. Rússia*, de 27/03/2008, §§ 94-96; *Lashin c. Rússia*, de 22/01/2013, § 77; *Ivinović c. Croácia*, de 18/set./2014, § 40).

⁵⁸ AMÉRICO CAMPOS COSTA, Incapacidades e formas do seu suprimento — Anteprojecto do Código Civil, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 111, dezembro, 1961, pp. 195-231 (p. 197).

⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I Parte Geral*, Tomo I, Coimbra: Almedina, 1999, p. 467.

4.2. *Esboço para uma nova teoria jurídica das capacidades: direitos humanos e capacitação*

A CDPD veio instituir no seu artigo 12.º o reconhecimento igual perante a lei, tanto da personalidade jurídica, como da capacidade jurídica das pessoas com incapacidade. Mediante a primeira reafirmam que estas “**têm o direito ao reconhecimento perante a lei** da sua personalidade jurídica em qualquer lugar” (n.º 1), enquanto através da segunda reconhecem que as mesmas “**têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida**” (n.º 2) –, sendo nosso o negrito, como também sucede adiante. Tratam-se de normas de direito internacional autossuficientes, que valem por si, tanto sob o ponto de vista formal, como substancial, pois os Estados Partes desde logo reafirmam ou reconhecem tais direitos, mostrando-se as mesmas suficientemente claras, integrais e completas, não necessitando, por isso, de qualquer cosmética ou intermediação legislativa doméstica.

Mediante esta Convenção podemos não só identificar a personalidade e capacidade jurídicas como *suporte essencial da condição jurídica humana* (i), como *reconhecer de modo igual* — e aqui reside a sua inovação — tais direitos relativamente às pessoas com incapacidade (ii). E, talvez por isso, tenha sido o normativo causador de maior perturbação nas discussões dos trabalhos preparatórios, pois abandonou simplesmente a vertente tradicional e protecionista das “incapacidades”, a qual passava e passa essencialmente pela privação dos direitos, para consagrar um conjunto de alavancas jurídicas de suporte às decisões das pessoas com limitações de capacidades. Para o efeito, os Estados Partes deveriam tomar as “**medidas apropriadas** para providenciar acesso às pessoas com deficiência **ao apoio** que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica” (artigo 12.º, n.º 3), de modo a assegurar que “todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as **garantias apropriadas e efectivas** para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos” (artigo 12.º, n.º 4, I parte). Ainda se acrescentou que “Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa ..., **são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, ...**” (12.º, n.º 4, II parte).

Como podemos constatar no quadro adiante, o segmento normativo deste artigo 12.º, n.º 4, na sua II parte, não corresponde a uma tradução fiel do texto original em inglês, porquanto a palavra *respect* (“respeitam”) foi simplesmente eliminada, ao ser traduzida por “relação” o que, no mínimo, é lamentável, acrescentando outras imprecisões e mais indeterminações.

Texto oficial	Texto Diário República	Texto proposto
“Such safeguards <i>shall ensure</i> that measures relating to the exercise of legal capacity <i>respect the rights, will and preferences of the person</i> , are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person’s circumstances, ...”	“Tais garantias <i>asseguram</i> que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica <i>em relação aos direitos, vontades e preferências da pessoa</i> , estão isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas, ...”	“Tais garantias <i>devem assegurar</i> que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica <i>respeitam os direitos, vontades e preferências da pessoa</i> , estão isentas de conflitos de interesses e de influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias das pessoas, ...”

Assim, enquanto o texto original expressa três injunções jurídicas, ou seja, respeito pelos direitos, vontades e preferências (i), isenção de conflitos e de influências indevidas (ii), proporcionais adequadas (iii), o texto em português eliminou pura e simplesmente a primeira. Como sair deste impasse jurídico e desta limitação do texto oficialmente traduzido para português? Enquanto não existir uma retificação legislativa, que poderá estender-se à designação da própria Convenção — surgindo incapacidade (*disability*), em vez de deficiência (*impairment*) — haverá que respeitar o texto original, que está redigido em língua inglesa, como impõe o artigo 33.º, n.º 1 da Convenção de Viena dos Tratados de 1969 — “Quando um tratado for autenticado em duas ou mais línguas, o seu texto faz fé em cada uma dessas línguas, salvo se o tratado dispuser ou as Partes acordarem que, em caso de divergência, prevalecerá um determinado texto”.

A CDPD, através do seu artigo 12.º, consagrou um *novo paradigma da capacidade jurídica como direito humano*, enunciando duas direções confluentes: i) primazia dos modelos de apoio em detrimento dos modelos de substituição; ii) assegurar os direitos, as vontades e preferências da pessoa incapacitada em vez dos melhores interesses desta. E isto porque a igualdade de capacidade jurídica, em relação a qualquer pessoa, significa que *deve ser a mesma a decidir por si, de acordo com a sua vontade e desejos*, e não através de outros, ainda que em sua representação ou que estes procurem o seu melhor interesse — os casos mais difíceis (*hard cases*) são, sem dúvida, os de plena e profunda incapacidade mental, que existem, mas que não são a melhor inspiração para se ter um arquétipo da capacidade jurídica.

A propósito, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, num documento de discussão de 20/12/2012 intitulado “Quem deve decidir?”, constatou que “A maioria dos sistemas europeus de capacidade jurídica estão obsoletos e requerem uma reforma legislativa urgente”, exortando, entre outras coisas, a uma revisão legislativa com base no artigo 12.º da CDPD (2), de modo que “consignam a abolição dos mecanismos que prevêm a incapacidade total e a tutela plena” (3).⁶⁰ Posteriormente, o Comité DPD elaborou o *Comentário Geral n.º 1 (2014)* sobre este artigo 12.º da Convenção, chamando a atenção para se diferenciar entre capacidade jurídica (i), que seria a aptidão para se ser titular de direitos e obrigações, assim como para os exercer, e a capacidade mental (ii),

⁶⁰ “Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities”, acedido em 25/05/2017, in <http://www.refworld.org/docid/50f7e2572.html>.

que representaria a habilidade para uma pessoa tomar as suas decisões, sendo a mesma variável de pessoa para pessoa, dependendo ainda de diversos factores (§ 13). Também destacamos a necessidade de abandonar o critério do “melhor interesse” (*best interests*), substituindo-o pelo critério da “vontade e preferência” e, quando tal não seja possível, pela sua “melhor interpretação possível” (§ 21), renovando a necessidade de passar-se de um regime de substituição (tutela plena, interdição judicial, tutela parcial) para um regime de apoio (§ 26, 27).

A nomenclatura deste novo *paradigma da capacidade jurídica* ao eleger o modelo decisório de apoio como arquétipo legal dos ordenamentos jurídicos domésticos, leva a que estes concedam preferência à vontade e desejos da pessoa em causa, situando estas numa posição de igualdade de direitos em relação às demais. Para o efeito, afasta-se nitidamente do tradicional modelo decisório de substituição, assente no seu presumível melhor interesse. No entanto, a CDPD não apresentou uma noção desse modelo, muito embora seja comum aceitar tratar-se de um mecanismo jurídico com diversos níveis, distintas características, formais e informais, e natureza, podendo ser contratual, mediante acordo celebrado entre as partes, jurisdicional, quando é determinado pelo tribunal, não existindo um modelo único nem uma definição.

A propósito têm sido sugeridas algumas características, tais como: i) a pessoa mantém a autoridade decisória; ii) existe liberdade de constituição e de extinção da relação de apoio; iii) a pessoa apoiada participa ativamente no processo decisório; iv) as decisões tomadas com apoio são, em regra, juridicamente vinculativas.⁶¹ No entanto estas linhas não respondem a todos os casos, ficando de fora, por exemplo, aquelas situações mais difíceis de profundo défice cognitivo — nestes casos aqueles três primeiros pressupostos não têm qualquer aplicação e o quarto pressuposto encontra-se prejudicado.

A CDPD apesar de não dar uma noção desse modelo decisório de apoio, não deixa de traçar um quadro jurídico, mormente através de princípios e valores, que deveriam orientar o mesmo, desenhando as linhas de um *paradigma jurídico de apoio deliberativo na incapacidade*, cujo núcleo reside, como já referimos, no citado artigo 12.º. Do mesmo ou em conjugação com outros normativos, podemos extrair as seguinte coordenadas: i) *capacidade jurídica em situação de igualdade*, não só perante a lei (formal), mas também na prática (substantiva), ou seja, “em todos os aspectos da vida”, proibindo-se expedientes jurídicos discriminatórios com base na incapacidade (artigos 5.º; 12.º, n.º 2, parte final, n.º 5 da CDPD); ii) *adaptação razoável dos mecanismos jurídicos à situação de incapacidade*, sendo necessariamente flexíveis para se acomodarem às circunstâncias específicas de cada caso e ao grau de diminuição das capacidades, através de “medidas apropriadas para providenciar acesso” ao apoio de que as mesmas necessitam para o exercício da sua capacidade de agir, (artigos 4.º, 1, a); 12.º, n.º 3 e 4, II e III parte da CDPD); iii) *estabelecer as garantias apropriadas e efetivas para prevenir o abuso* (artigo 12.º, 4, I parte da CDPD); iv) *conceder primazia aos direitos, vontades e preferências da pessoa incapacitada*, assegurando-se, sempre que possível, a sua autonomia pessoal, incluindo a liberdade de fazer as suas pró-

⁶¹ LESLIE SALZMAN, Guardianship for Persons with Mental Illness — A Legal and Appropriate Alternative, *Saint Louis University Journal of Health Law & Policy*, Vol. 4, 2011, pp. 279/328 (306/7).

prias escolhas (artigo 3.º, a); 12.º, 4, II parte da CDPD); iv) *privilegiar o carácter transitório das medidas de apoio*, sujeitando-as a revisão periódica através de um processo equitativo (artigo 12.º, n.º 4, II parte final da CDPD). Diga-se, que estas coordenadas jurídicas não são apenas dirigidas ao legislador nacional, enquanto obrigações programáticas estaduais de vínculo internacional, mas também aos tribunais, na sua prática judiciária, a partir do momento em que ocorre a sua integração no ordenamento jurídico nacional (1), tratando-se de uma norma, que, em certos momentos, é *self-sufficient* (2), mormente na explicitação do sentido do direito humano à capacidade jurídica (3).

4.3 O quadro jurídico contemporâneo da capacitação

O panorama anteriormente traçado permite compreender que o regime jurídico das capacidades não se reconduz unicamente ao Código Civil, ao contrário do percurso seguido pela generalidade da jurisprudência, que, por exemplo, nos casos de interdição e inabilitação, tem persistentemente ignorado o citado artigo 12.º da CDPD, quando o mesmo já estava vigente, não tendo efectuado qualquer leitura da disciplina daqueles últimos à luz deste.⁶²

Este quadro jurídico multinível, porquanto são distintas as suas fontes, foi ultimamente completado com a Lei n.º 49/2018, de 14/ago. (DR I, n.º 156), ao instituir o *regime do maior acompanhado*, substituindo precisamente aqueles institutos da interdição e inabilitação do Código Civil, assim como com a Lei Orgânica n.º 3/2018, de 17/ago. (DR I, n.º 158), ao introduzir alterações às leis eleitorais.

Através da primeira optou-se por um regime monista híbrido que, só por si, tanto permite um sistema de apoio, como manter um sistema de substituição, conferindo, de resto, preferência a este último, porquanto a representação legal começa e acaba na tutela (artigo 145.º, n.º 4). Poder-se-ia argumentar a favor desta restrição legal substitutiva, por via tutelar, da capacidade jurídica, mediante o artigo 26.º, n.º 4 da Constituição, porquanto este só afasta por inconstitucionalidade as restrições com fundamentos políticos. Mas esta é uma leitura desfocada da realidade constitucional, mormente da *compreensão dialógica das suas múltiplas fontes normativas constitucionais*. Diremos, por agora, que a possibilidade de restrição do direito fundamental de personalidade na vertente da capacidade civil não é um mandato constitucional em branco, conferindo total liberdade de conformação legislativa. É isto porque a leitura daquele segmento normativo (artigo 26.º, n.º 4), deve ser conjugada com os artigos 13.º, 18.º, n.ºs 2 e 3, 16.º, n.º 2 — interpretado extensivamente, de modo a abranger qualquer declaração internacional específica dos direitos humanos —, 26.º, n.º 1, todos da Constituição, 26.º da CDFUE e o artigo 12.º da CDPD. Assim e para obstar a esta *ilegítima preferência por um modelo de substituição*, que contraria os compromissos assumidos pelo Estado Português, sugerimos, mediante uma forte sustentação da capacitação jurídica, uma *interpretação legal conformada* pelo referenciado *bloco normativo multinível*, ancorado no valor constitucional da *autonomia pessoal*, que anteriormente desfiámos, conferindo primazia aos modelos de apoio.

⁶² Acs. TRC 11/11/2014; TRC 13/09/2016; TRG 28/09/2017; TRC 17/10/201, TRG 07/12/2017, in www.dgsi.pt.

Mediante a segunda, continua-se a interditar a capacidade eleitoral das pessoas com incapacidades mentais, quando “notoriamente apresentem limitação ou alteração grave das funções mentais, ainda que não sujeitos a acompanhamento”, pelas simples razões de estarem “internados em estabelecimentos psiquiátricos” ou como tais “declarados por uma junta de dois médicos” — estas duas últimas circunstâncias é que são determinantes da inibição do direito ao sufrágio, pois ocorrendo apenas aquela primeira circunstância, nada disso acontece. Este recorte legislativo, mantém a tradição da Lei n.º 2.105, de 28/mai/1946 (DG I, n.º 116), dos tempos da autocracia salazarista, relativamente aos “notoriamente reconhecidos como dementes” (artigo 2.º, n.º 2) — agora com aquela outra designação, mais eufemística, na linha de uma “*langue de bois*”. E continua a consagrar que um internamento em estabelecimento psiquiátrico ou uma declaração de dois médicos, que putativamente designa por “junta”, restrinja os direitos liberdades e garantias de participação política, suspendendo o direito de sufrágio (48.º da Constituição). Ora, nem o internamento médico por razões de saúde mental traduz, só por si, qualquer limitação da capacidade eleitoral, nem a Constituição confere aos médicos qualquer tipo de função jurisdicional de administrar a justiça, pois esta está cometida aos tribunais (artigo 202.º, n.º 1), sendo nítida a ilegitimidade constitucional daquela disposição legal.

Por último, consideramos que o arsenal jurídico fornecido pelas *diretivas antecipadas de vontade* (artigo 2.º, Lei n.º 25/2012), atenta a abrangência de situações de prestação de cuidados de saúde, incluindo os casos de doença avançada e em final de vida, como seja o delinear do *plano terapêutico final* (artigo 3.º, n.º 2, Lei n.º 31/2018), conjugado com o *mandato com vista ao acompanhamento* (artigo 156.º do Código Civil), possibilitando a existência de um *procurador ou/acompanhante ou de um assistente único*, permite a coexistência e coordenação de regimes e a realização de um *mandato global de planeamento futuro* dos cuidados de saúde e de gestão do património.

5. Conclusões

O reconhecimento da *autonomia pessoal*, enquanto expressão dos direitos humanos, no sentido de que cada pessoa — atenta as suas condições e no seu contexto social, ambiental — possa estabelecer o *governo da sua vida*, de acordo com a sua vontade, desejos e interesses, corresponde a uma reivindicação moral, que é politicamente legitimada, sendo juridicamente sustentável e exequível. Isto significa que uma pessoa não seja condicionada por qualquer tipo de coerção, manipulação ou incentivo (dimensão negativa), dispondo de condições efetivas para refletir, exercer e fazer valer a sua autonomia pessoal (dimensão positiva), nas suas diversas modalidades e variantes.

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

que previamente manifestados (autonomia prospetiva), manifestando esta por qualquer meio de transmissão (autonomia comunicativa).

O maior desafio do presente é que a *jurisprudência seja auto-criativa*, fazendo uma *leitura dialógica do quadro jurídico multinível da capacitação*, mormente à luz dos direitos humanos, não se restringindo ao instituto do maior acompanhado do Código Civil, percebendo que já não estamos no domínio ultrapassado das interdições e inabilitações. O maior desafio para o futuro é que venha a ser uma realidade o *mandato global de planeamento futuro* dos cuidados de saúde e de gestão do património.

O DIREITO E O DEVER DE CUIDADO: ELEMENTOS DE DIREITO COMPARADO QUANTO AO ACOMPANHAMENTO DE MAIORES

THE RIGHT AND DUTY OF CARE: ELEMENTS OF COMPARATIVE LAW AS REGARDS THE MATTER OF LEGAL INCAPACITATION AND GUARDIANSHIP

Jorge Gracia Ibáñez*

RESUMO

Nas sociedades atuais a gestão do cuidado supõe um debate incontornável que deve implicar tanto a sociedade quanto os poderes públicos. Neste texto abordamos o dever de cuidado do ponto de vista social e político, mas também do ponto de vista ético/filosófico. Depois, passaremos a analisar esta questão referindo-nos ao discurso dos direitos humanos, nos seus aspetos simbólico e prático, partindo do exemplo da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Finalmente, do ponto de vista do direito comparado, realizamos uma panorâmica, necessariamente sucinta, da abordagem no Direito espanhol tanto da questão do cuidado e da matéria de interdição/inabilitação e da adaptação desta questão à Convenção de Direitos das pessoas Portadoras de Deficiência.

PALAVRAS CHAVE — cuidado, justiça social, direitos humanos, dependência, direito comparado

ABSTRACT

In today's societies the management of care generates an important debate that should imply both the civil society and public policymakers. In this text we approach the duty of care from a social and political point of view, but also from an ethical/philosophical perspective. We will tackle the issue connecting it with the human rights discourse, in its symbolic and practical aspects taking the example of the Inter-American Convention on the Rights of the Elderly. Finally, from a comparative law perspective, we make a brief overview of the approach in Spanish law to both the issue of care and the issue of incapacitation and civil guardianship and the adaptation of these matters to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

KEY WORDS — caregiving, social justice, human rights, dependency, comparative law

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *O que é o cuidado? Algumas implicações éticas, políticas e sociais.* 3. *O direito/dever do cuidado do ponto de vista dos direitos humanos.* 3.1. *Uma questão de direitos humanos.* 3.2. *O cuidado na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.* 4. *Direito comparado: o caso espanhol.* 4.1. *A Ley de Dependencia.* 4.2. *O sistema de interdição/inabilitação em Espanha e a adaptação à Convenção Internacional de Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.* 5. *Algumas conclusões.*

* jibanez@direito.up.pt, Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

1. Introdução

A gestão do cuidado surge como um tópico extremamente complexo, que possui variadas implicações sociais e políticas e que se encontram estreitamente interligadas com a questão dos direitos e da justiça social. Nas sociedades atuais, supõe uma discussão incontornável que deve implicar tanto a sociedade quanto os poderes públicos. Neste texto, partindo de uma abordagem sócio-jurídica, propomos uma reflexão limitada a alguns aspetos específicos, que procura relacionar a análise social do cuidado enquanto facto social com a forma como este direito/dever é abordado pelo sistema jurídico.

Para tal, num primeiro momento, abordamos o dever de cuidado do ponto de vista social e político, mas também do ponto de vista ético e filosófico. Será que temos um dever enquanto sociedade de cuidar e, conseqüentemente, um direito como cidadãos e cidadãs a sermos cuidados? E se este direito existir, quem é que deve assumir esse dever de cuidar?

Seguindo essa linha, passaremos a analisar esta questão referindo-nos ao discurso dos direitos humanos, nos seus aspetos simbólico e prático, partindo do exemplo da Convenção Interamericana dos Direitos das Pessoas idosas.

Finalmente, do ponto de vista do direito comparado, realizamos uma panorâmica, necessariamente sucinta, da abordagem no Direito espanhol tanto da questão do cuidado através da conhecida como *Ley de dependencia* e da matéria de interdição/inabilitação que, nos últimos tempos, tem vivido uma revisão que provêm especialmente das necessidades de adaptação desta questão à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2. O que é o cuidado? Algumas implicações éticas, políticas e sociais

De maneira geral, define-se a atividade de cuidar como a ação social dirigida a garantir a sobrevivência social e orgânica das pessoas que carecem ou perderam a autonomia e precisam da ajuda de outrem para realizarem os atos essenciais do quotidiano¹. Por um lado, a experiência de cuidar e de sermos cuidados está a marcar a forma de nos autodefinirmos, assim como os nossos relacionamentos sociais. Hoje em dia, o cuidado constitui uma parte integral do processo através do qual a sociedade mantém e reproduz a saúde física e a força de trabalho. Como nos relembra Pérez Orozco, o cuidar apresenta uma dupla dimensão: tanto material ou corporal — aliás, realizar tarefas concretas com resultados tangíveis que visam atender o corpo e as suas necessidades fisiológicas — quanto

¹ SANDRA HUENCHUAN, ¿Qué más puedo esperar a mi edad? Cuidado, derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado, in SANDRA HUENCHUAN, ROSA ICELA RODRÍGUEZ (org.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores (LC/L.3942)*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, p. 153, pesquisável em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39570/S1421014_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y (aceso a 5/09/2018).

imaterial, afetiva ou relacional — relativa ao bem-estar emocional². Partindo desta dupla dimensão, o cuidado exige amor, carinho, *afeto* (*love*), mas também trabalho (*labour*). Aliás, identidade e atividade. Estamos diante, como frisam Finch e Groves, de um trabalho do afeto (*a labour of love*)³. É também inserida neste contexto social que Gilligan, autora muito citada e nem sempre bem compreendida, propõe uma ética do cuidado, vista como responsabilidade social que procura o bem-estar das pessoas⁴.

No debate acerca do cuidado e sua interligação com os direitos humanos, temos de introduzir o conceito de dependência. A dependência é um risco constante na vida humana. Os indivíduos podem precisar de cuidados por causa de uma deficiência, doença crónica ou trauma que venham limitar a sua capacidade de realizar os seus próprios cuidados ou atividades pessoais básicas no quotidiano. Como conclui María Ángeles Durán, o modelo de resposta às necessidades geradas pela dependência da população em geral, mas especialmente em pessoas mais velhas ou portadoras de deficiência, é determinado pela potencial estimativa da oferta de cuidados, o que não é uma categoria demográfica, senão social e política⁵. Este modelo dependerá da resposta coletiva oferecida aos seguintes problemas: Quem tem o direito / obrigação de cuidar de quem? Com qual base legal, moral ou social? Até que limite? Com que contrapartida? Quais os mecanismos sociais e legais que interagem para garantir / recompensar / punir a violação destes direitos e obrigações?

Com efeito, na sociedade hodierna este debate foca-se especialmente sobre quem e como é responsável pelo cuidado de determinados coletivos: nomeadamente os doentes, as pessoas com deficiência e os idosos dependentes⁶. E, mais especificamente, sobre se tem que ser a sociedade como um todo quem deve assumir essa tarefa ou se devem lidar com ela, de forma pessoal, os indivíduos e as famílias afetadas.

A resposta a esta questão supõe consequências importantes do ponto de vista do desenvolvimento de políticas sociais e familiares. Todavia, a plena consideração do cuidado como um direito social está longe de ser uma questão consensual. Numa abordagem de direitos, o cuidado pode ser definido como um direito subjetivo, aliás, como uma expectativa que a pessoa formou acerca da ação do Estado, dos poderes fáticos e do resto das pessoas.

A obrigação do Estado diante da procura de cuidados é garantir o acesso aos serviços sociais para todas as pessoas que se encontrem em situação de dependência, quer de

² AMAIA PÉREZ OROZCO, Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico, *Revista de Economía Crítica*, 5, 2006, p.10, pesquisável em http://observatori-desc.org/sites/default/files/1_amenaza_tormenta.pdf (acesado a 5/09/2018).

³ JANET FINCH e DULCIE GROVES, *A Labour of Love. Women, Work and Care*, 1.a ed., Londres, Routledge. 1983.

⁴ CAROL GILLIGAN, C., *In a different voice. Psychological theory and woman's development*, 1.a ed., Cambridge, Harvard University Press, 1982; CAROL GILLIGAN, Hearing the difference: Theorising connection, in *Hypatia*, vol. 10, 2, 1995, pp.120 — 127.

⁵ M^a ÁNGELES DURÁN, Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 60, 2006, pp.57-73, pesquisável em http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/60/Est04.pdf (aceso a 5/09/2018).

⁶ INÉS ALBERDI, *La nueva familia española*, 1.a ed., Madrid, Taurus, 1999, p.108.

forma temporária, quer permanente. Estaríamos diante de um direito estreitamente relacionado com a solidariedade e, especialmente no seu aspeto familiar, também conexo com a ideia de afetividade.

Desde a abordagem dos direitos, o cuidado pode ser definido como um direito subjetivo; aliás, como uma expectativa que a pessoa se formou acerca da ação do Estado, dos poderes fáticos e do resto das pessoas⁷. A obrigação do Estado no que diz respeito à procura de cuidados passa por garantir o acesso aos serviços sociais para todas aquelas pessoas que se encontrarem em situação de dependência, quer de forma temporária quer permanente⁸. No entanto, como ressalta Nuria Belloso, esta ligação entre cuidados-afetividade-solidariedade pode ser perversa no sentido de colocar a responsabilidade toda do lado das famílias⁹. Assim sendo, o significado da solidariedade neste contexto devia ir muito mais além do que solidariedade intergeracional no seio das famílias até atingir uma dimensão social global. Desta forma, o direito não se pode apoiar num vínculo de afetividade a que não reconhece qualquer efeito, embora o paradoxo resida, neste caso, no facto de o cuidado estar socialmente baseado também nessa ideia de afetividade.

A solidariedade intergeracional no seio das famílias, que estariam a suportar uma parte importante dos cuidados nas nossas sociedades, não pode ser uma desculpa, a nosso ver, para os Estados não intervirem através de políticas públicas adequadas desde uma perspectiva de direitos. Sendo assim, a consideração do cuidado enquanto direito supõe para o Estado, não apenas obrigações negativas (e.g. não impedir o acesso das pessoas idosas ao sistema de saúde), mas também obrigações positivas, tais como o fornecimento dos meios para cuidar (no âmbito familiar e no âmbito institucional). Ademais é necessário assegurar que esse cuidado seja exercido em condições de igualdade entre homens e mulheres, pois tradicionalmente as tarefas de cuidado têm sido atribuídas na sociedade às mulheres gerando graves desigualdades. Desta forma, “a compreensão da cidadania pode ser enriquecida por uma ética do cuidado, mas deve ser garantida por uma ética dos direitos”¹⁰.

Como concluem Gherardi e Zibecchi: “A mudança de paradigma que implica o reconhecimento do cuidado como um direito que inclui a existência do direito ao cuidado, a cuidar de si e a ser cuidado, constitui uma nova questão social, essencial para gerar condições para uma sociedade mais justa e para que a promessa de igualdade de oportunidades para mulheres e homens esteja mais perto de ser uma realidade”¹¹.

⁷ LUIS DANIEL VAZQUEZ e SANDRA SERRANO, *Los principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Mexico, Biblioteca Jurídica Virtual UNAM, 2017, pp. 137-138, pesquisável em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf> (aceso a 5/09/2018).

⁸ SANDRA HUENCHUAN, *¿Qué más puedo esperar a mi edad?*, 2014, p. 158.

⁹ NÚRIA BELLOSO MARTÍN, La proyección del cuidado y la afectividad en el principio de solidaridad (familiar). Una propuesta del cuidado como derecho social, in TÂNIA DA SILVA PEREIRA, GUILHERME DE OLIVEIRA e ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO, (org.), *Cuidado e Afetividade*, 1.a ed., São Paulo, Atlas, 2017, p. 435.

¹⁰ RUTH LISTER, Dilemmas in engendering citizenship, *Economy and Society*, 1, 1995, pp. 1-40.

¹¹ NATALIA GHERARDI e CARLA ZIBECCHI, El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?, *Revista Política*, vol. 49, n. o. 1, 2011, pp. 107-138.

3. O direito/dever do cuidado do ponto do vista dos direitos humanos: análise da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

PESE EMBORA A IMPORTÂNCIA dos Estados, tanto no reconhecimento quanto na implementação de um direito ao cuidado, estas são tarefas que não têm porque se limitar apenas ao direito interno dos mesmos. De facto, podem (e se calhar devem) ser complementadas e impulsionadas pelo reconhecimento em diplomas internacionais de direitos humanos que construam esse direito ao cuidado dentro da categoria dos direitos económicos, sociais e culturais (doravante, DESC). Partindo desta premissa, neste apartado iremos analisar brevemente algumas questões no que diz respeito à relação entre direitos humanos e direito ao cuidado. Depois, iremos descrever, em jeito de exemplo, a abordagem da questão do cuidado num recente diploma de direitos humanos que é de grande importância, não obstante possuir um âmbito regional e focar-se apenas na população idosa: a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

Sem aprofundarmos, dada a falta de tempo e espaço, a discussão acerca da consideração do cuidado como direito, tema de grande interesse e complexidade, ao analisar este tópico surge uma pergunta relacionada: se considerarmos o cuidado como um direito, será ele um direito humano? Esta classificação enquanto direito humano poderia ser relevante do ponto de vista prático, pois ajudaria a criar *standards* internacionais de direitos humanos nesta questão e seria importante para assegurar a exigibilidade e efetividade dos direitos, se pensarmos no desenvolvimento das teorias que estão solidamente a defender que os DESC possuem a mesma origem, o mesmo titular e o mesmo destinatário que os direitos civis e políticos. Deste ponto de vista, todos os direitos humanos são reclamáveis, indivisíveis, interdependentes e universais sem que haja uma distinção entre DESC e direitos civis e políticos.

Aliás, existe, inserido ainda nesta abordagem e enquadramento sociopolítico, um debate aberto no seio da comunidade internacional, e uma série de trabalhos preliminares que visam, por exemplo, a criação de uma futura Convenção Internacional dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas inserida no sistema internacional de Direitos Humanos¹². Como é lógico, este desenvolvimento encontra-se muito relacionado com a questão do cuidado devido à população alvo a quem se dirige este futuro diploma: as pessoas idosas, muitas delas dependentes de cuidados.

Certamente, a criação desta Convenção de alcance global é uma tarefa ainda em andamento e não concluída. Todavia, isto não tem porque ser um impedimento ao desenvolvimento de instrumentos regionais. De facto, esta criação de instrumentos regionais pode facilitar o melhor atendimento das diferenças locais. Além disto, a monitorização e a legitimidade das pressões para aplicação das Convenções costumam ser mais bem acei-

¹² Vid. JORGE GARCIA e ANA SOFIA CARVALHO, Dignidade e Direito ao cuidado: uma proposta para uma futura Declaração Universal dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, in TÂNIA DA SILVA PEREIRA, GUILHERME DE OLIVEIRA e ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO (EDS.), *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso*, Coord, São Paulo, Grupo GEN GZ Editora, 2017, pp. 45-76.

tes pelos Estados membros quando provêm de enquadramentos regionais mais próximos do que do quadro global das Nações Unidas¹³.

Assim, enquanto aconteciam os debates relativamente à possibilidade da aprovação de um diploma global nas Nações Unidas, a Organização de Estados Americanos (OEA) estava a liderar um processo de busca de acordos para alcançar, de forma muito rápida, a elaboração e adoção de um diploma regional americano nesta matéria. O texto finalmente aprovado da Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos humanos dos idosos consta de um preâmbulo e VII capítulos. O diploma explicita no artigo 1.º os seus objetivos: “O objetivo da Convenção é promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade”.

Neste apartado não vamos realizar uma análise global deste diploma, iremos focar-nos apenas nos aspetos dele relacionados com o dever e o direito ao cuidado. Já no artigo 3.º, ao elencar os princípios gerais aplicados à Convenção, encontramos duas referências explícitas ao cuidado: na alínea f), em que se fala do bem-estar e cuidado; e na alínea o), em que se fala na responsabilidade do Estado e na participação da família e da comunidade na integração ativa, plena e produtiva do idoso dentro da sociedade, bem como no seu cuidado e atenção, de acordo com a legislação interna. Este reconhecimento vem mostrar que a questão dos cuidados, na perspectiva dos direitos, é um aspeto relevante para a Convenção Interamericana.

Por seu turno, no artigo 6.º, que fala do direito à vida e à dignidade, temos uma menção específica à obrigação dos Estados de tomar medidas para que as instituições públicas e privadas ofereçam ao idoso um acesso não discriminatório a cuidados integrais, incluindo os cuidados paliativos

De igual forma, o texto obriga aos Estados Partes a estabelecerem “medidas de apoio às famílias e cuidadores mediante a introdução de serviços para aqueles que realizam atividades de cuidados”. Mas, apesar de afirmações como a anterior, dada a definição que a própria Convenção dá de “idoso que precisa de serviços de cuidados de longo prazo”, o texto parece estar a excluir os idosos cuidados nas suas casas por familiares.

A Convenção define o idoso que recebe cuidados de longo prazo da seguinte forma, no seu artigo 2.º: “pessoa que reside temporária ou permanentemente em um estabelecimento regulado, seja público, privado ou misto, no qual recebe serviços socio-sanitários integrais de qualidade, incluindo as residências de longa estadia, que proporcionam esses serviços de atenção por tempo prolongado ao idoso com dependência moderada ou severa que não possa receber cuidados em seu domicílio”. Portanto, o texto parece estar a excluir os idosos cuidados nas suas casas por familiares. Esta restrição deve ser superada, pois o grupo de pessoas idosas que recebe cuidados no seu domicílio também precisa de uma proteção igualmente enérgica na esteira do que acontece, por exemplo, no Protocolo da Carta Africana sobre os Direitos das Pessoas Idosas.

¹³ ISRAEL DORON e ITAI APTER, The Debate Around the Need for an International Convention on the Rights of Older Persons, *The Gerontologist*, Vol. 50, No. 5, 2010, p. 592.

O artigo 12.º da Convenção Interamericana vem introduzir uma série de disposições no intuito de efetivar os direitos dos idosos ao cuidado: estabelecer mecanismos para assegurar que o início e termo dos serviços de cuidado de longo prazo estejam sujeitos à manifestação da vontade livre e expressa do idoso; incentivar que esses serviços contem com pessoal especializado; estabelecer um quadro regulatório adequado para o funcionamento dos serviços de cuidado de longo prazo que permita avaliar e acompanhar a situação do idoso (incluindo a adoção de medidas para garantir o acesso do idoso à informação, prevenir ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, promover a interação familiar e social do idoso, levando em conta todas as famílias e suas relações afetivas, proteger a segurança pessoal e o exercício da liberdade e mobilidade do idoso, assim como a sua integridade e a sua privacidade e intimidade nas atividades que realiza, particularmente nos atos de higiene pessoal); estabelecer a legislação necessária para que os responsáveis e o pessoal de serviços de cuidado de longo prazo respondam administrativa, civil e/ou penalmente pelos atos que pratiquem em detrimento do idoso e, finalmente, adotar medidas adequadas, quando aplicável, para que o idoso que esteja recebendo serviços de cuidado de longo prazo conte com serviços de cuidados paliativos.

Finalmente, ao falarmos do cuidado, importa também fazer menção aos casos de maus-tratos e violência contra idosos que acontecem em muitos casos em contextos de provisão de cuidados.¹⁴ Trata-se de um tema que a Convenção aborda desde o seu preâmbulo e ao qual dedica o artigo 9.º, em que se consagra o direito do idoso à segurança e a uma vida sem nenhum tipo de violência.

De forma mais específica, entre as medidas que os Estados parte se comprometem a adotar para lutar contra estas situações o artigo inclui: estabelecer ou fortalecer mecanismos de prevenção da violência, em qualquer de suas manifestações, dentro da família, da unidade doméstica, do lugar onde recebe serviços de cuidado de longo prazo e da sociedade para a efetiva proteção dos direitos do idoso, capacitar e sensibilizar os funcionários públicos, os encarregados de serviços sociais e de saúde, o pessoal encarregado da atenção e cuidado do idoso nos serviços de cuidado de longo prazo ou serviços domiciliares sobre as diversas formas de violência, a fim de dar-lhes um tratamento digno e prevenir negligência e ações ou práticas de violência e maus-tratos, assim como desenvolver programas de capacitação dirigidos aos familiares e pessoas que exercem tarefas de cuidado domiciliar, a fim de prevenir situações de violência no domicílio ou unidade doméstica.

Em suma, podemos dizer que o precedente da Convenção Interamericana resulta muito valioso, mas, como é evidente pelo seu caráter regional e também pelo escasso número de países que neste momento a assinaram e a ratificaram¹⁵, não implica senão um

¹⁴ Para uma análise dos maus tratos aos idosos em Portugal em contexto de provisão de cuidados, *vid.* ANA SOFÍA CARVALHO e JORGE GARCIA, Os maus-tratos a idosos em contextos familiares Proposta para uma abordagem ecológico-crítica, in TÂNIA DA SILVA PEREIRA, GUILHERME DE OLIVEIRA e ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO (org.), *Cuidado e Afetividade*, 1.a ed., São Paulo, Atlas, 2017, pp.45-76.

¹⁵ *Vid.* OEA, *Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. Estado de Firmas y ratificaciones*, 2018, pesquisável em http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp (acesso a 6/09/2018).

passo mais no caminho do reconhecimento efetivo dos direitos das pessoas idosas. É por isso que uma Convenção Internacional de alcance universal iria representar um grande e necessário avanço no processo de especificação dos direitos humanos das pessoas idosas que devem ser olhados como sujeitos de direitos e não apenas como objetos passivos de proteção desde uma abordagem apenas assistencial. Dito isto, e centrando-nos na questão dos cuidados, o certo é que a futura Convenção Internacional pode muito bem tomar como referência o reconhecimento do direito ao cuidado e das questões conexas que faz a Convenção Interamericana.

No entanto, é claro que este caminho não está livre de dificuldades, uma vez que o enfoque de direitos implica, neste caso, o estabelecimento de uma série de obrigações dos Estados no que diz respeito à efetiva realização de direitos que são sociais e que, na maioria dos casos, implicam a realização efetiva de políticas públicas caras e complexas. Mas devemos pensar nos direitos humanos como um instrumento útil para a justiça social, incluído aí o coletivo das pessoas idosas como parte valiosa da sociedade. Sujeitos, portanto, de direitos humanos na base do reconhecimento da sua dignidade, para cuja efetivação nos parece que a culminação deste processo já iniciado rumo à aprovação definitiva e posterior ratificação massiva, pela comunidade internacional, de uma Convenção Internacional de Direitos Humanos das Pessoas Idosas seria uma grande notícia.

4. Direito comparado: o caso espanhol

Neste apartado fazemos uma panorâmica, embora muito geral, acerca de alguns aspetos essenciais, do ponto de vista do direito comparado, no reconhecimento do cuidado no ordenamento jurídico espanhol. Esta abordagem centra-se em dois elementos diferenciados: em primeiro lugar, a análise do *Sistema de Promoção da Autonomia Pessoal e de Atendimento às Pessoas em Situação de Dependência* (doravante, SAAD) e, em segundo lugar, uma panorâmica muito sucinta da interdição/inabilitação na ordem jurídica espanhola. No caso do Sistema, este cumpre agora dez anos, o que é um período de tempo adequado para uma tentativa de avaliação. Por sua vez, o tratamento da interdição/inabilitação — ou, para seguir uma nomenclatura mais recente, o acompanhamento de maiores — foi recentemente reformado em Espanha a partir da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo que a sua análise neste momento se reveste de especial interesse.

4.1 A “*Ley de Dependencia*”

No caso espanhol, a *Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia* (doravante, LAPAD) veio regular os principais aspetos relacionadas com o atendimento das pessoas em situação de dependentes de forma sistematizada e integrada. Desta forma, a LAPAD “constitui um prometedo avanço para um sistema de proteção social como o espanhol em que os mecanismos de cobertura face à dependência eram escassos, insuficientemente integrados e pouco coerentes”¹⁶.

¹⁶ ANTONIO JIMÉNEZ LARA, La atención a la dependencia: situación actual y perspectivas, *Pano-*

A LAPAD estabelece o gozo de um direito subjetivo de titularidade universal, que garante um conjunto de prestações e serviços para as pessoas que são reconhecidas como dependentes. É composto, além do direito ao gozo regulado pela legislação vigente, por um conjunto de prestações económicas (vinculadas a um serviço, aos cuidados familiares, ou à assistência pessoal) e serviços (vinculados à prevenção das situações de dependência, à ajuda domiciliária, tele assistência, Centros de dia e de noite e atendimento em lares). Tudo isto se integra no *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (SAAD) e encontra-se ligado ao grau de dependência no qual se encontra o sujeito titular do direito. A determinação deste grau exige uma resolução da administração pública que determine quais os serviços ou prestações que correspondem a cada indivíduo¹⁷.

Aliás, a LAPAD tem como objetivo principal o reconhecimento de um novo direito de cidadania em Espanha, universal, subjetivo e perfeito: o direito à promoção da autonomia pessoal e ao atendimento às pessoas em situação de dependência. Tal objetivo é alcançado através do SAAD. O sistema configura-se como uma rede de utilização pública que integra, de maneira coordenada, centros e serviços públicos e privados (artigo 6 da LAPAD).

Como já foi dito, para o gozo efetivo do direito é necessária uma avaliação administrativa prévia que vem clarificar e determinar o grau de dependência de cada solicitante. São reconhecidos três graus diferentes de dependência (artigo. 26 da LAPAD): Grau I, dependência moderada: quando a pessoa precisa de ajuda para realizar várias atividades básicas da vida diária (doravante, ABVD) pelo menos uma vez por dia ou tem necessidades de suporte intermitente ou limitado para a sua autonomia pessoal; Grau II, dependência grave: quando a pessoa precisa de ajuda para realizar várias ABVD duas ou três vezes por dia, mas não requer o apoio permanente de um cuidador ou tem amplo apoio necessário para a sua autonomia pessoal; Grau III, alta dependência: quando a pessoa necessita de ajuda para realizar várias ABVD várias vezes ao dia e, por causa da sua total perda de autonomia física, mental, intelectual ou sensorial, necessita do apoio indispensável e contínuo de outra pessoa ou necessita de apoio muito significativo para conseguir a sua autonomia pessoal. Uma vez completado o procedimento de reconhecimento e avaliação da situação de dependência do solicitante, o PIA (em espanhol *Programa Individual de Atención*, ou Programa Individual de Atendimento em português) determina o tipo de intervenção mais adequado às necessidades, escolhido entre os serviços e prestações constantes da lei.

Ademais, nesta sucinta panorâmica importa destacar que a LAPAD foi aprovada há mais de uma década, sendo o tempo entretanto decorrido um período adequado para uma avaliação crítica da mesma. Será que a implementação do SAAD conseguiu realmente atingir os seus importantes e ambiciosos objetivos? A pergunta é complexa e a resposta precisa provavelmente de uma maior reflexão e de uma análise mais aprofunda-

rama Social, 26, 2017, p. 25, pesquisável em http://sid.usal.es/idocs/F8/ART21850/jimenez_lara.pdf (aceso a 6/09/2018).

¹⁷ RAFAEL DE ASIS, *Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos*, in MIGUEL ANGEL RAMIRO AVILÉS e PATRICIA CUENCA GÓMEZ (eds.), *Los derechos humanos, la utopía de los excluidos*, Madrid, Dyckinson, 2010, p. 166.

da e técnica. Afinal, o objetivo essencial da LAPAD é, fundamentalmente, tornar mais leve a carga correspondente à difícil tarefa do cuidado diário de uma pessoa dependente, especialmente no seio familiar. E articular adequadamente dispositivos que impeçam que esta carga de cuidados fique total e necessariamente do lado dos membros da família como acontecia em Espanha (e, como iremos ver mais a frente, em grande parte continua a acontecer por causa do relativo fracasso na implementação das reformas). Apesar desta dificuldade e da limitação de espaço, vamos tentar elucidar parte desta questão aportando algumas reflexões para a discussão e o debate.

Antes de continuar, importa ressaltar que, do ponto de vista dos direitos humanos, existiam já desde o momento de criação da LAPAD e do SAAD importantes diferenças entre esta lei e as previsões da Convenção das Pessoas Portadoras de Deficiência, no que diz respeito ao modelo de dependência e cuidado. Diferenças que dizem respeito, não apenas a questões relacionadas com o impulso político, mas a uma falta de assimilação do modelo social de dependência e deficiência¹⁸. Esta distância tem-se acentuado desde os primeiros anos de funcionamento do SAAD e, de maneira muito vincada, nos últimos anos.

Para uma avaliação correta dos efeitos da LAPAD, devemos ter ademais em conta a complexa estrutura administrativa e política do Estado em Espanha e a correspondente divisão de competências entre as Comunidades Autónomas e o Estado Central. A LAPAD é uma lei de âmbito estadual que estabelece o enquadramento geral básico nesta matéria, mas a competência dos serviços sociais e dos sistemas de saúde, que deverão fornecer uma parte importante dos serviços previstos na norma, cabe a cada uma das Comunidades Autónomas. A igualdade no exercício deste direito justifica a competência do Estado Central na regulação da matéria, estabelecendo um marco básico, coordenando o sistema e garantindo, ao mesmo tempo, um nível mínimo de proteção às pessoas reconhecidas como dependentes. Todavia, este nível, segundo prevê a LAPAD, pode ser melhorado por cada Comunidade Autónoma, o que gera algumas desigualdades dependendo do grau de desenvolvimento do Sistema em cada território. Na verdade, apesar de ser, talvez, a solução mais lógica e efetiva, uma vez reconhecido este direito social, o legislador não quis integrar o financiamento da sua implementação como um novo risco a ser integrado no já existente sistema de Segurança social, o que gerou algumas incertezas logo desde o princípio¹⁹.

Além do complexo de competências, o certo é que a LAPAD foi uma lei aprovada em tempos de estabilidade económica. No entanto, a crise de 2008 e as políticas de austeridade afetaram gravemente o cumprimento dos objetivos da norma e a consolidação da mesma do Sistema²⁰. Destarte, o Estado veio reduzir as verbas dedicadas à

¹⁸ RAFAEL DE ASIS, Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos.

¹⁹ BELÉN ZÁRATE, La dependencia diez años después de la Ley 39/2006: un derecho social problemático que olvidó a la familia como sujeto cuidador, *Persona y derecho*, vol.75, 2017, p.180, pesquisável em <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/8058> (aceso a 6/09/2018).

²⁰ Para uma análise mais pormenorizada desta evolução, *vid.* JORGE GARCIA IBÁÑEZ, Vulnerabilidad e inseguridad. El derecho a la atención de las personas en situación de dependencia, in RAÚL SUSÍN BETRÁN e MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ (coords.), *Seguridade(s) y derechos inciertos*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1.a. ed., 2014, p. 229-260.

gestão da dependência por causa da crise e, por seu turno, as Comunidades Autónomas, neste contexto socioeconómico, não conseguiram construir um catálogo homogêneo de serviços em todo o território nacional²¹. Isto levou alguns autores a afirmar que o sistema espanhol de dependência é, no fundo, mais do que um sistema único, um conjunto de 17 sistemas²² relativamente coordenado²³. Como conclui BELÉN ZÁRATE, neste momento, dado o grau de desenvolvimento do SAAD, ser dependente numa Comunidade Autónoma e não noutra acaba por supor tratamentos legais diferentes e direitos de conteúdo diverso.

Em suma, a crise económica que tem afetado Espanha, da mesma forma que muitos países, especialmente do Sul da Europa, fez com que as pessoas afetadas, necessitadas de atendimento, fez com que as pessoas afetadas, necessitadas de atendimento, vissem diminuir a sua esperança de alcançar uma proteção mínima, depois de terem passado por um procedimento complexo e lento²⁴. De maneira especialmente vincada desde 2011, assistimos a uma desmontagem do SAAD, pois tem sido aprovado um conjunto de normas legais que afetam o núcleo do direito e do sistema com o intuito de limitar o alcance e conteúdo dos mesmos. Finalmente, como acontece com todo direito com conteúdo social e baseado em prestações, não basta que este seja reconhecido pela lei através de um procedimento administrativo, exige movimentar importantes recursos materiais e humanos coordenados através de complexas políticas públicas que o tornem realmente efetivo.

Uma das piores consequências desta paralisia do sistema, agravada pela crise económica, tem sido a existência do assim dito “limbo da dependência”: alias, um conjunto de pessoas reconhecidas como dependentes pelo próprio sistema, mas que ficam à espera de receber realmente as prestações²⁵. Sendo que muitas delas, especialmente pessoas idosas em situação de dependência grave, morrem sem receber a prestação ou serviço que lhes foram reconhecidos²⁶. Podemos concluir assim que a LAPAD criou enormes expectativas

²¹ BELÉN ZÁRATE, La dependencia diez años después de la Ley 39/2006, p.203.

²² Que é o numero de Comunidades Autónomas existente em Espanha.

²³ VICENTE MARBÁN GALLEGO, Actores sociales y desarrollo de la Ley de Dependencia en España, *Revista Internacional de Sociología* 70 (2), 2012, p. 390, pesquisável em <http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/428/451> (aceso a 6/09/2018).

²⁴ BELÉN ZÁRATE, La dependencia diez años después de la Ley 39/2006, p. 126.

²⁵ Segundo a *Asociación Estatal de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales de España*, baseados nos dados estatísticos do SAAD, atualmente existem 320.000 personas com pleno direito às prestações ou serviços que ainda se encontram numa desesperante “lista de espera”. Quase o 40% das pessoas atendidas são dependentes com grau II ou III (Dependentes Severos ou Grandes Dependentes); no total perfazem 124.600 pessoas. *Vid. ASOCIACIÓN ESTATAL DE GERENTES Y DIRECTORAS DE SERVICIOS SOCIALES, Informe de seguimiento del Pacto de Estado por el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia*, Madrid, 2017, pesquisável em <https://www.directoressociales.com/documentos/documentos-dependencia.html>, (aceso a 22/08/2018).

²⁶ Segundo o documento anteriormente citado, os dados oficiais constantes nos últimos relatórios da Comissão para análise da situação do SAAS, derivada da Conferência de Presidentes, reconheciam que se tinham produzido mais de 40.000 falecimentos de pessoas que, embora reconhecidas como dependentes com direito a prestações ou serviços, nunca foram beneficiários deles. Fontes: Ministerio de Sanidad y Servicios Sociales (IMSERSO). Tabela inserida nos documentos

na população em Espanha, mas muitas delas, depois de mais de uma década, ainda estão por cumprir. Apesar dos avanços, o Sistema de Atendimento à Dependência em Espanha deve ser revisto e o direito efetivamente implementado.

4.2. O sistema de acompanhamento de maiores em Espanha e a adaptação à Convenção Internacional de Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência

A capacidade jurídica no direito positivo espanhol é inseparável da pessoa e nada mais é do que a expressão da igualdade e dignidade da mesma como decorre do artigo 10.º da Constituição Espanhola. A modificação judicial da capacidade de agir, que em princípio se presume plena para qualquer pessoa maior de idade (*vid.* artigo 322.º do Código Civil Espanhol), é concebida como uma limitação ou suspensão da mesma e a sua declaração só pode ser feita por sentença judicial em virtude das causas estabelecidas por lei. O processo de modificação da capacidade de agir é, portanto, um instrumento para proteger a pessoa nos seus aspetos pessoais e patrimoniais.

A própria pessoa supostamente incapaz e certos membros da família (cônjuge ou pessoa em situação equiparável, ascendentes, descendentes e irmãos), bem como o Ministério Público, têm legitimidade ativa para solicitar a incapacitação. Qualquer pessoa ou instituição pode informar o Ministério Público, que formalizará o pedido na base dessa situação de alegada incapacidade. Especialmente aqueles que, por causa de seus cargos públicos ou autoridades, tiverem conhecimento especial da possível causa de incapacitação de uma pessoa, são obrigados a fazer dito pedido. O Ministério Público será sempre parte destes processos (quer como requerente da declaração, ou como um defensor da pessoa alegada como incapaz, ou no exercício das suas funções de salvaguarda do interesse dos mesmos).

Quanto à sentença que encerra o procedimento, deve conter pelo menos uma série de pronunciamentos básicos: extensão e limites da incapacitação, tutela ou curatela a que o incapaz está sujeito, pronunciamento sobre a necessidade de internamento e nomeação das pessoas que irão ajudá-lo ou representá-lo. A este respeito, devemos também ter em mente que o julgamento de incapacitação não produz o efeito de *res judicata*, de modo que, se a causa da incapacitação desaparece total ou parcialmente, pode tornar-se sem efeito ou modificar-se a incapacidade²⁷.

As instituições tutelares no sistema jurídico espanhol são fundamentalmente três: *tutela*, *curatela* e *defensor judicial*. Na maioria destes casos recorre-se a um processo de modificação da capacidade de agir que implica a tutela da pessoa cuja capacidade de agir foi modificada judicialmente.

Tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas podem ser nomeados como *tutores*.

da Comissão de análise do SAAD cit. in ASOCIACIÓN ESTATAL DE GERENTES Y DIRECTORAS DE SERVICIOS SOCIALES, *Informe de seguimiento del Pacto de Estado*.

²⁷ LAURA GÁZQUEZ SERRANO e MARÍA DEL MAR MENDEZ SERRANO, Tratamiento Jurídico de la discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil in CARMEN MOLINA FERNÁNDEZ *et al.* (coord.), *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea.*, 1.a. ed., Granada, Comares, 2006, p.110.

O mesmo Código Civil Espanhol estabelece uma ordem de precedência para a nomeação de guardiões ou *tutores* (artigo 234.º), mas que pode ser alterada pelo juiz em benefício dos *incapacitados*. No caso do exercício da tutela por uma pessoa jurídica, o artigo 242.º do Código Civil Espanhol estabelece duas exigências: dita pessoa jurídica não deve ter fins lucrativos e entre seus objetivos devem encontrar-se a proteção dos incapazes.

Caso não possa constituir-se a tutela com alguma das pessoas nomeadas no artigo 234.º Código Civil Espanhol, esta função e o cargo de tutor recaem na entidade pública responsável pelo acompanhamento dos maiores numa situação *de desamparo*. Na prática, esta nomeação de uma entidade pública como tutor *ex lege* não cria muitos problemas nas comunidades autónomas onde se constituíram entidades tutelares públicas, pois o propósito destas instituições é a assunção do cargo tutelar das pessoas em perigo. Todavia, nos casos em que não existem, é preciso nomear uma entidade pública com competência de ação social em geral, o que supõe de facto que, em alguns casos, as obrigações decorrentes do cargo sejam simplesmente nominais.

Em todo o caso, devemos ter em conta que em Espanha convivem diferentes modelos de organismos tutelares, dependendo das Comunidades Autónomas. Assim sendo, além do modelo público, existe um segundo modelo baseado no exercício da tutela comum através de entidades privadas nas quais a administração delega o serviço tutelar por entender que é um bom modo de exercê-lo, articulando uma colaboração privada na gestão dos recursos públicos. A estes deveríamos adicionar um terceiro modelo, misto, que ocorre quando num mesmo território convivem entes públicos dedicados ao serviço tutelar com entes privados.

O tutor de uma pessoa incapacitada (quer seja pessoa física, quer jurídica) é obrigado a assegurar a tutela e, em particular, a obter alimentos, promover a aquisição ou recuperação da capacidade do beneficiário, assim como a sua melhor inserção na sociedade. Ademais, deve informar anualmente ao juiz sobre o status legal da pessoa beneficiária e prestar contas anuais de sua administração (artigo 269.º Código Civil Espanhol).

Enquanto que na tutela o adulto é representado pelo *tutor*, no caso da curatela trata-se, não de substituir o consentimento da pessoa, mas simplesmente de assistir ou completar a sua capacidade. A figura do *defensor judicial*, por sua vez, responde à necessidade de substituir temporariamente o tutor, o curador ou os pais, quando por algum motivo eles não desempenhem as suas funções e nos demais casos previstos na lei. Todos eles — com exceção da curatela — se configuram essencialmente como instituições de substituição. No entanto, a curatela é uma instituição que, na prática, está “viciada” e que se configura, nos poucos casos em que se lhe recorre, como uma substituição do incapaz limitada a determinados âmbitos do seu interesse. Estes âmbitos são apenas os patrimoniais, sendo na prática mais um tipo de tutela parcial do que o instrumento com a clara função de apoio que potencialmente poderia ser.

Neste ponto, é necessário também fazer menção à chamada guarda de facto. No caso de pessoas idosas presumivelmente em situação de ver a sua capacidade de agir judicialmente modificada (anteriormente denominados incapazes presumidos) e que convivem com familiares, à margem dos cuidados pessoais que lhes são fornecidos, é frequente que

um familiar disponha de assinatura na caderneta de poupanças, em contas bancárias, autorização implícita ou explícita de administração de bens ou mesmo poderes relativos à administração dos mesmos. As pessoas submetidas à guarda de facto costumam ser idosos dependentes que, por carecerem das condições materiais e afetivas necessárias, são integrados numa família sem que existam vínculos de parentesco, ou idosos cuja capacidade de agir, pelas suas condições, deveria ser modificada judicialmente, ainda que na realidade não o tenha sido. Em última análise, o guardião de facto exerce as funções de guarda em benefício da pessoa presumidamente incapaz, sem ter qualquer poder sobre a mesma e sem quaisquer formalidades legais. Esta figura encontra-se sucintamente regulada nos artigos 303.º e seguintes do Código Civil Espanhol no sentido de ser uma situação necessariamente provisória, mas que pode gerar alguns efeitos que devem ser protegidos. Ainda que do exposto anteriormente possa parecer que nos encontramos perante uma figura residual, na vida quotidiana de muitos idosos dependentes ou fragilizados e seus cuidadores a guarda de facto está muito presente. Com efeito, a maioria dos guardiões de facto desconhece a existência desta figura e a sua condição de tais, assim como que se trata de uma situação temporária e a sua obrigação de informar o fator determinante da guarda ao Ministério Público.

Finalmente, na ampliação do papel da autonomia da vontade nestes âmbitos, ocupam um papel principal a regulação da *autotutela* e, como complemento desta, o denominado mandato preventivo. Trata-se de facilitar, através destas instituições, a adequada planificação para o futuro dos interesses do indivíduo, sejam de índole patrimonial ou estritamente familiar ou pessoal. A regulação da autotutela parte do artigo 223.º do Código Civil Espanhol após a sua reforma realizada pela *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*. Por esta via, a pessoa que preveja poder ver-se submetida a um processo de incapacitação pode, anteriormente e ainda em plena posse de suas faculdades, por escritura pública, nomear uma pessoa como seu possível tutor, ou até mesmo excluir deste cargo determinadas pessoas, assim como estabelecer, dentro dos limites legais, as disposições que considerar convenientes em face de uma possível incapacitação. As faculdades da pessoa que exerça a autotutela estendem-se para além da designação da pessoa que exercerá o cargo de tutor (ou da exclusão de alguma pessoa em concreto) à organização *in toto* do exercício da tutela tanto no seu aspeto pessoal, como patrimonial.

A disposição de autotutela, obviamente, só produz efeito quando o juiz competente declara a incapacidade do sujeito. Esta declaração deve constar de uma sentença judicial na qual se terá em conta a vontade contida no documento notarial de autotutela para se proceder à nomeação do tutor. As disposições do autotutelado vinculam, portanto, o juiz, desde que não violem regras do *ius cogens* e que este considere que permanecem atuais, por não serem contrárias ao benefício do já incapacitado. A assunção da tutela é um dever, devido ao interesse público que rege na matéria. Mas pode dar-se o caso de, aos familiares a quem incumbiria o exercício da tutela, faltar idoneidade ou não a exercerem adequadamente.

Em suma, no sistema legal espanhol, a figura tutelar mais utilizada na prática, como mencionado acima, é a tutela, face a outras possibilidades como a curatela que, apesar de ser uma figura de assistência que não substitui a vontade da pessoa, mas a complementa e canaliza, é bem menos utilizada na prática. Em qualquer caso, até agora, e antes da reforma, o sistema espanhol tem-se caracterizado por ser bastante rígido e inflexível na sua aplicação prática. Neste contexto, muitas decisões judiciais que modificam a capacidade de agir (anteriormente, decisões judiciais de incapacitação) não costumam conter uma descrição detalhada das áreas ou dos atos sobre os quais se projeta a limitação de capacidade e correspondem muitas vezes a fórmulas genéricas e a pronúncias estereotipadas. Tal vai ao encontro da visão negativa sobre as figuras legais analisadas que, se calhar pela sua aplicação pouco flexível, são vistas socialmente como um último e drástico recurso, quase uma espécie de morte civil, mais do que como as formas de proteção da vulnerabilidade das pessoas presumidas como incapazes que realmente são.

Neste sentido, temos que recordar que este aspeto do ordenamento jurídico espanhol, de que aqui só fazemos um breve esboço, foi objeto de reforma procurando a sua adaptação à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). A Convenção, adotada em Nova Iorque em 2006 e ratificada por Portugal e Espanha, representa, para muitos autores, uma autêntica revolução na matéria que “costuma sintetizar-se na passagem do modelo de substituição na tomada de decisões, que parte da configuração tradicional do sistema de incapacitação, a um novo modelo de apoio ou assistência na tomada de decisões que trata de tornar real a igualdade das pessoas com deficiência no exercício da sua capacidade jurídica”²⁸. No ordenamento jurídico espanhol, depois de algumas hesitações e atrasos na implementação da mesma, a Convenção implicou uma mudança até mesmo no nome dos institutos, deixando-se de falar definitivamente em *incapacitação* e *incapaz* e passando a falar-se em modificação da capacidade de agir e pessoa com capacidade judicialmente modificada. Isto reflete uma clara reorientação destes institutos jurídicos na linha exigida pela implementação da referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Sendo assim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) tem marcado uma linha de vanguarda na qual devíamos avançar, e obriga também a certa pedagogia quer entre as famílias quer entre os juristas. Entre as famílias, porque há uma tendência vincada para um protecionismo excessivo que acaba por não deixar qualquer espaço para a pessoa incapaz; entre os juristas, que tendem a exigir uma capacidade plena sem divisar que, para alguns supostos e negócios jurídicos, caberia uma capacidade imperfeita, desde que assistida e suficiente²⁹. Deste ponto de vista, a CDPD implica uma mudança social e de mentalidade, não apenas uma alteração jurídico-técnica.

²⁸ PATRICIA CUENCA GÓMEZ, El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, diciembre, 2012, pp. 61-94, pesquisável em <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf> (aceso a 6/9/2018).

²⁹ MANUEL LORA-TAMAYO, Comparezcan las personas con discapacidad, *Notario*, 80, 2018, pp.7-8.

Algumas conclusões

Neste texto analisámos alguns tópicos relacionados com o cuidado. O cuidado das pessoas dependentes (quer de forma temporária, quer de forma mais definitiva) constitui um tema de grande importância nas nossas sociedades e a sua gestão levanta diversas questões do ponto de vista jurídico. Apesar da sua importância no quotidiano de muitos cidadãos/ãs que, ou bem precisam de cuidados, ou bem fornecem esses cuidados, às vezes parece que não tem o espaço de relevo que merece na discussão política. No entanto, a gestão do dever de cuidado, mas também o direito a sermos cuidados, configurar-se-á como um aspeto fulcral no futuro das democracias liberais no seio de sociedades cada vez mais envelhecidas e comprometidas com a plena integração e reconhecimento real e efetivo dos direitos das pessoas idosas e das pessoas portadoras de deficiência, que são coletivos especialmente afetados por estas questões.

O cuidado gera ligações entre as pessoas, mas também alenta desigualdades entre elas. Pode continuar a ser uma responsabilidade da família, mas também deve ser uma função do próprio Estado, através do desenvolvimento adequado e o reconhecimento eficaz dos direitos sociais relacionados. O cuidado coloca muitas questões éticas e sociais, mas também políticas e jurídicas.

A nosso ver, uma abordagem promissora do direito/dever de cuidado é aquela relacionada com o sistema internacional dos direitos humanos. Neste sentido, analisámos nesta comunicação dois aspetos diferenciados. De um lado, o tratamento do cuidado feito pela Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. De outro lado, uma referência à Convenção de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência, nomeadamente à sua influência na alteração dos sistemas de interdição/inabilitação, focando-nos no caso espanhol.

No primeiro caso, apesar de ser um diploma regional e se focar numa determinada franja de população, a abordagem adotada perante aspetos relacionados com o cuidado das pessoas idosas pode ser um antecedente muito valioso para uma possível Convenção global de Direitos Humanos das Pessoas Idosas, diploma no qual a comunidade internacional está a trabalhar há alguns anos.

No segundo caso, partimos de uma análise muito mais limitada de direito comparado que se foca no caso espanhol e no seu sistema de acompanhamento de maiores, sistema este que recentemente se reformou parcialmente para acolher a nova forma de olhar para estas questões que surge da Convenção de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência. Trata-se de uma abordagem muito mais centrada na ideia de completar, quando necessário, a capacidade, e de evitar a substituição da capacidade de agir. No caso espanhol, analisámos algumas instituições interessantes como a autotutela e salientámos, em geral, como a nomeação da pessoa — física ou jurídica — que assumirá a tutela do incapaz é uma decisão de grande importância que deve basear-se no estudo detalhado da situação, na ponderação das diferentes possibilidades ao alcance e na tomada de uma decisão sempre em benefício da pessoa incapacitada.

Também partindo da análise do direito espanhol, analisámos brevemente no texto o sistema de atendimento às pessoas dependentes (SAAD). A explicação de algumas hesitações e dificuldades de implementação do sistema, aumentadas pela crise econômica, servem para refletir acerca da importância da efetivação dos direitos de conteúdo social. Não chega um reconhecimento formal destes direitos. O reconhecimento deve ser material e, portanto, os meios económicos devem ser suficientes e o impulso político claro e continuado.

Estamos conscientes de que a comunicação analisa muitas questões diferentes, mas o nexo que une todos os tópicos parte da ideia da importância do reconhecimento efetivo do direito ao cuidado como direito social. Esperamos, assim, ter contribuído para o debate acerca deste direito ao cuidado entendido como uma necessidade na construção de sociedades democráticas avançadas.

VULNERABILIDADE E CAPACIDADE DE GOZO E EXERCÍCIO DE DIREITOS À LUZ DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO

VULNERABILITY AND ABILITY TO EXERCISE ONE'S RIGHTS IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY CONSTITUTIONALLY ENSHRINED

LUÍSA NETO*

RESUMO

O artigo discute a relação entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto constitucionalmente e os condicionamentos colocados por específicas situações de vulnerabilidade à suscetibilidade de gozo e exercício de direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVE — vulnerabilidade, autonomia, livre desenvolvimento da personalidade

ABSTRACT

The article discusses the relationship between the right to free development of personality constitutionally enshrined and the conditions imposed by specific situations of vulnerability to one's enjoyment and exercise of fundamental rights.

KEY WORDS — vulnerability, autonomy, free personality development

SUMÁRIO: 0. Nota prévia 1. O livre desenvolvimento de personalidade 2. Autonomia e vulnerabilidade 3. A consideração da deficiência 4. O dever de cuidado como promoção da capacitação

0. Nota prévia

Recorda-se que a presente publicação — e o seminário que lhe deu origem — se insere no projeto *Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto*, delineado para o quinquénio 2017/2022, a realizar sob a égide da linha *Novos Direitos* do Centro de Investigação Jurídico Económica da FDUP. Em extrema síntese, e como resulta da respetiva memória descritiva, o projeto visa refletir sobre os direitos fundamentais em contexto de diversidade: “[P]artindo de uma compreensão pluralista do Direito cons-

* lneto@direito.up.pt, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, membro do CIJE-FDUP.

titucional que há-de contribuir para cimentar uma sociedade inclusiva¹, a proteção hodierna dos direitos fundamentais enfrenta desafios decorrentes das tensões entre unidade e diversidade e das exigências de proteção acrescida em caso de vulnerabilidades múltiplas e não raro cruzadas”, pretendendo-se em especial “discutir e analisar os problemas específicos de grupos vulneráveis² que reclamam a consideração específica do princípio da igualdade e a consideração de um — eventualmente genérico — dever de cuidado cometido ao Estado”.

Neste contexto, o projeto assume três pressupostos base da reflexão a empreender:

- a) A consideração da proteção da vulnerabilidade e do dever de “cuidado” como tarefas do Estado³;
 - b) A discussão das relações entre vulnerabilidade e estereótipo⁴, no que tange à previsão e à aplicação de normas estaduais;
 - c) A relevância da discriminação múltipla/interseccional⁵, etc.
- São estes os parâmetros de análise a considerar.

¹ A discussão da sociedade inclusiva reclama o diálogo entre contributos provenientes, seja de diferentes níveis/instâncias de proteção (interna e externa) de direitos fundamentais, seja de diferentes ordenamentos jurídicos, como foi também recentemente apontado v.g. pelo Conselho da Europa: Council of Europe, *Cultural participation and inclusive societies — A thematic report based on the Indicator Framework on Culture and Democracy* Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2017-03-24

² V.g. nos termos adiantados por MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS e CRISTINA CHURRUCA MUGURUZA (coord.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2014 e F. ARLETTAZ e MARÍA TERESA PALACIOS SANABRIA, *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Universidad Zaragoza/Universidad del Rosario Editorial, 2015.

³ Nos termos por exemplo destacados por LAURA C. PAUTASSI, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Mujer y desarrollo, Serie 87, Publicación de las Naciones Unidas, Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2007.

⁴ Sobre a específica relevância jurídica destes conceitos, com ênfase na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, v. *inter alia* LOURDES PERONI et ALEXANDRA TIMMER, Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056–1085, <https://doi.org/10.1093/icon/mot042> e ALEXANDRA TIMMER, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 63 (1), 1 2015, pp. 239–284, <https://doi.org/10.5131/AJCL.2015.0007>

⁵ Sobre os conceitos, v. FERNANDO REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 251 ss. e, para uma discussão prática no contexto da discriminação em função do género e da deficiência, KONSTANTINA DAVAKI, CLAIRE MARZO, ELISA NARMINIO e MARIA ARVANITIDOU, *Discrimination generated by the interesection of gender and disabilities*, Bruxelas, Parlamento Europeu, 2013.

1. O livre desenvolvimento de personalidade

Cabendo com certeza ao Estado propiciar o livre desenvolvimento da personalidade do Homem⁶, a Constituição da República Portuguesa de 1976, para além de ter fundado o Estado português no princípio da dignidade da pessoa humana, alargou a constitucionalização dos direitos de personalidade e reforçou as garantias jurídico-constitucionais dos que considerou direitos fundamentais.

A afinidade entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais emerge primeiramente da parcial sobreposição ao nível da pessoa humana de dois planos jurídico-gnosiológicos⁷: o de direito civil, onde se fundam os direitos de personalidade, e o de direito constitucional, de onde irradiam os direitos fundamentais. Ainda que a confusão seja frequente, são claros os termos da distinção: tanto porque há direitos inseridos no texto constitucional que extravasam o âmbito dos direitos de personalidade, quer porque, fundamentalmente, como refere Jorge Miranda, “são distintos o sentido, a projeção a perspectiva de uns e outros”⁸. Assim, e não obstante largas zonas de coincidência, não são assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade: os primeiros pressupõem relações de poder, os segundos relações de igualdade, os primeiros colocam a pessoa perante o poder público, os segundos apontam-lhe uma esfera autónoma de realização.

Acresce terem aqui operância as teses de Gomes Canotilho quanto à vinculação do legislador ordinário pelos direitos fundamentais⁹: a *interpositio* do legislador move-se, sob reserva do possível dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais. A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a ideia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais.

Não obstante o inequívoco reflexo mútuo e interpenetração, é a perspectiva dos direitos fundamentais que nos interessa, não deixando de reforçar que o princípio da igualdade é uma pedra de toque da diretividade constitucional. O seu impulso dirigente implica que as leis sejam um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fácticas. Esta vinculação e capacidade dirigente implicam uma conceção complexa, coerente, integrada e compreensiva do regime constitucional dos direitos fundamentais¹⁰, com imbricação das conceções liberal e social, e que aponta para um novo

⁶ A expressão não é nossa como é sabido, tendo sido a utilizada pelo legislador constituinte alemão no n.º2 do artigo 1.º da *Grundgesetz*.

⁷ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 581 a 586.

⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, tomo IV, 3ª edição, 2000, p. 62.

⁹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1982, pp. 483/484 e p. 359.

¹⁰ J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 99 a 106.

paradigma, de raiz mais solidária¹¹ e comunitária, superador da concepção puramente liberal e individualista que fundou os direitos públicos subjetivos.

Ora, na senda expressa da Constituição alemã¹², a Constituição da República Portuguesa, veio ampliar o rol de direitos liberdades e garantias na revisão constitucional de 1997, para abranger a previsão no n.º1 do artigo 26.º do direito ao desenvolvimento da personalidade¹³, que se pode considerar uma projeção dinâmica do direito à reserva de intimidade de vida privada.¹⁴ Tal direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade — em que Paulo Otero reconhece sete dimensões específicas decorrentes de uma central liberdade unificadora¹⁵ — verte-se ao menos em uma dimensão individual, que se articula com o direito à diferença, mas também em uma dimensão social impostergável na vida do indivíduo comunitariamente integrado.^{16/17} Aliás, esta mínima dupla dimensão sempre decorreria do reconhecimento da eficácia vertical — face ao Estado e a entidades públicas —, mas também se não olvide a eficácia horizontal — face aos particulares — destes direitos.

Também Miranda e Medeiros, ao analisar a disposição constitucional, identificam certas restrições, mas concluem que aqui se encontra esteio para uma tutela abrangente da personalidade. Referem os autores: “A Constituição portuguesa fala apenas em “de-

¹¹ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Estruturas da sociedade: liberdade e solidariedade*, Lisboa, Rei dos Livros, separata da obra *Gaudium et Spes*, 1988.

¹² A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 passou a prever logo no seu artigo 1.º que a dignidade da pessoa humana é inviolável, que todo o poder estatal tem o dever de a respeitar e proteger, que o povo alemão se declara partidário, por causa disso, de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo e que os direitos fundamentais enumerados obrigam os poderes legislativo, executivo e judicial como direito vigente diretamente aplicável, acrescentando o n.º1 do artigo 2.º que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

¹³ Gomes Canotilho sempre defendeu que tal concepção podia ser também encontrada na CRP em especial no artigo 73.º. Hoje, depois da Revisão Constitucional de 1997, encontra acolhimento expresso. Diga-se no entanto que a Constituição Alemã refere expressamente o “livre” desenvolvimento, o que veio a ser suprimido na disposição constitucional portuguesa, mas sem que daí possa decorrer qualquer conclusão. Um desenvolvimento não livre sempre seria o inverso do que se torna mister afirmar. Assim, ainda que a expressão alemã *freie Entfaltung* contenha um sentido mais amplo que aponta claramente para as ideias de autonomia e de livre “exteriorização” e “realização” da personalidade (e não tanto para uma ideia de “formação” da personalidade), as diferenças assinaladas não excluem que muitas das concretizações jurisprudenciais do direito alemão, feitas a respeito do n.º 1 do artigo 2.º da Lei Fundamental, possam e devam ter tutela no direito português.

¹⁴ Esta disposição pode também fornecer cadinho de proteção ao dano existencial ou dano à vida em relação hoje objeto de defesa e autonomização por alguns autores.

¹⁵ PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, Coimbra, Almedina, 2007, Vol. 1, p. 580. Veja-se ainda DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade, Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 85 e ss..

¹⁶ Desenvolvimento cabal é apresentado por PAULO MOTA PINTO, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999, p. 173.

¹⁷ PAULO MOTA PINTO, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, ob. cit., p. 159.

senhvolvimento da personalidade” e não parece sentir necessidade de estabelecer qualquer limite expresso. Em termos literais a expressão portuguesa “desenvolvimento da personalidade” parece ligada à ideia de “formação da personalidade” que se encontra também parcialmente no n.º 2 do artigo 70.º, da Constituição onde se fala do “desenvolvimento da personalidade dos jovens” como objetivo da política da juventude. [...] Concretamente, e desde logo, não suscita dúvidas que o artigo 26.º, articulado com a exigência axial do respeito pela dignidade humana e com a referência genérica ao *direito ao desenvolvimento da personalidade*, implica uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a própria formação da personalidade [...] Além disso, o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de intervenção jurídica (o que não impede que se reconheça uma mais ou menos ampla margem de liberdade de conformação do legislador na concreta delimitação do seu alcance)”.¹⁸

Todas estas considerações tornam evidente que este direito ao desenvolvimento da personalidade constitucionalmente fundado é “hoje um dado consensual na doutrina constitucional e civilista dos diversos países com experiências jurídicas próximas da nossa”.¹⁹

Haverá necessidade de regramento infraconstitucional, pois, que permita o desenvolvimento do indivíduo dentro da sua própria conceção, e que assegure o respeito a cada um e a todas as pessoas. A Constituição alemã também nesse ponto era expressa ao referir que apenas por força de lei poderá haver limite à liberdade da pessoa de se desenvolver. Considerando que se tratam de direitos fundamentais, as restrições deverão observar os requisitos de que se falou no item anterior, lembrando sempre que a restrição não pode ser tal que descaracterize o núcleo desse direito, o que ganha relevância quando se trata do direito à liberdade.

E é este acervo de previsões constitucionais o parâmetro primeiro do que seja o direito geral de personalidade atualmente previsto no artigo 70.º do Código Civil. Além dos direitos especialmente referidos nos artigos 72.º e ss., decorrem do princípio geral do artigo 70.º outros direitos da personalidade, cuja admissão e delimitação são deixadas pela lei à jurisprudência e à doutrina, quando não são estabelecidos noutras sectores do ordenamento. Não estamos perante uma enumeração taxativa nem exemplificativa, antes devendo ser trazido à colação o conceito de enumeração delimitativa apresentado especialmente entre nós por Oliveira Ascensão, e que faz apelo à circunscrição típica da enumeração.

É certo que historicamente Castro Mendes considerou conter o artigo 70.º do Código Civil “um princípio vago de mais para ser útil” e também que Oliveira Ascensão assaca ao n.º 1 do artigo 70.º do Código Civil uma infelicidade de redação, remetendo precisamente para as críticas de Castro Mendes. Mas conquanto o n.º 2 do artigo 70.º se refira aos direitos de personalidade, deve ser considerado como simples aplicação de um princípio geral, extensivo à proteção dos demais direitos absolutos ou bens protegidos juridicamente *erga omnes*, pois a *ratio* é a mesma.

¹⁸ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 283, 286, 287-288, em comentários sobre o artigo 26.º, da Constituição Portuguesa.

¹⁹ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 286.

Assim, nos modernos estados democráticos e plurais, limitar a possibilidade de decisão da pessoa parece ceder frente ao reconhecimento da autonomia como elemento da dignidade, em especial na esfera mais íntima de que se tratou na qual não há interferência na esfera de terceiro, nem suscita maiores problemas sociais: “[O] relacionamento entre o direito objetivo e o direito subjetivo de personalidade está ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio, entre a comunidade e a pessoa”, escreve Pedro Pais de Vasconcelos.²⁰

Personalidade, dessarte, é a “aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações” e “todo o ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos.”²¹

2. Autonomia e vulnerabilidade

O objeto tutelado por tal direito geral de personalidade²² compreende pois uma cláusula geral, a personalidade humana, juridicamente tutelada, o que, embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais — que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam muita da sua eficácia prática -, todavia permite, em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas.

Nestes direitos da personalidade — ou neste direito geral de personalidade -, como direito subjetivo, o poder está ao serviço do eu — que não se confunde apenas com a vontade — e dos outros.²³ Eis a razão radical do fundamento último do direito geral de personalidade, ou dos direitos de personalidade, em que a pessoa é, simultaneamente, o objeto e o sujeito de direitos. Em segundo plano, a proteção da pessoa exige a proteção do seu desenvolvimento, da sua maturação, bem como da sua autenticidade como centro de decisão.

Reconhecido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e conferido poder à pessoa de agir de acordo com seus próprios valores, inclusive limitando ou renunciando ao exercício de direito que lhe foi conferido, estabelece-se novo limite de interferência ao Estado na sua atuação como protetor do direito conferido à pessoa, cabendo àquele o dever de possibilitar esse desenvolvimento.

Caio Mário da Silva Pereira²⁴ elucida no entanto que “de nada valeria a personalidade

²⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direitos da Personalidade, Relatório sobre o programa e o método no ensino de uma disciplina de mestrado em Direito Civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, p. 57:

²¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, BFDUC, Vol. LXVII, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 158 e 161: “o problema que se põe é, pois, o de saber quando o ser humano fixa o início da sua personalidade humana. (...) qualquer norma que se refira à personalidade jurídica, não é constitutiva, é simples reconhecimento de um direito (anterior e superior).”

²² RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., pp. 93 a 100.

²³ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O Direito e os Direitos de Personalidade*, *ROA*, Ano 53/II, 1993, Abril/Junho, p. 224.

²⁴ *Instituições de Direito Civil*, vol I, Rio de Janeiro, Forense, 1971, pp. 155, n.º 48.

sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”.

Mas não é necessariamente da irrestricção deste direito que aqui hoje importa falar. Antes da proteção, da discriminação positiva, da atenção à diferença que resulta de um específico estatuto por natureza diminuído, mas que há-de ser compensado. A diminuição a que nos referimos pode resultar da importação do vocábulo “vulnerabilidade”, conceito muito lato e não unívoco para todos os ramos do Direito, combinando em larga medida uma justificação médica e uma justificação social. De facto, “vulnerabilidade” é um termo polissémico. Decorre da palavra latina *vulnerare*, que significa magoar, magoar, ofender. Levando em conta essa origem, a palavra “vulnerabilidade” refere-se ao carácter do vulnerável, do que apresenta fragilidade e pode ser atacado ou sujeito a especial dano. A propriedade ganhou nas últimas décadas cada vez mais significado relacional, no sentido de que deixou de ser vista como uma característica individual do próprio sujeito, para se tornar uma característica que se manifesta na relação do sujeito com o contexto em que ele está inserido.²⁵ A vulnerabilidade surge, assim, como um fenómeno transversal e universal que pode afetar qualquer pessoa de maneira episódica ou permanente.

Por outro lado, também deve ser lembrado que o princípio da vulnerabilidade é realmente um princípio densificador do princípio da dignidade humana, no qual o desenvolvimento da bioética e do biodireito se baseia desde a década de 1970: aos quatro princípios clássicos de Beaumont e Childress (e Parte B.1 do Relatório Belmont) de respeito e autonomia, beneficência e não-maleficência e justiça foram adicionados ao princípio da precaução, que originou precisamente na era pós-decodificação do genoma humano. Mais recentemente, e graças a previsões mais parciais e setoriais, esses cinco princípios viram ainda ser acrescentados os princípios de vulnerabilidade, responsabilidade e solidariedade, entre outros.

Em suma, o princípio da vulnerabilidade alerta-nos para que os seres humanos não são iguais na sua capacidade de suportar a relação com o mundo natural e com outros seres humanos, sendo eticamente aceitável discriminação positiva a favor os mais fracos, isto é, os mais vulneráveis. Esta ação afirmativa é diferente de outras medidas tradicionais de compensação porque não atende a critérios económicos e considerações de custo-benefício. Além disso, o princípio da vulnerabilidade também pode ser ligado a diferentes fases temporais da vivência humana prodrómica — como a idade — como vemos particularmente nos parágrafos 18 e 19 da Declaração de Helsínquia ou nos pontos 5, 6, 7 e 8 da parte A da mesma Declaração ou nos pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências de Vida (18 / CNECV / 1997 e 26 / CNECV / 1999).

Finalmente, o conceito também foi introduzido pela Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de 1997, que estabelece no Artigo 8.º o “respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal” e a respetiva escalpelização deve-se em especial às recomendações do Conselho da Europa acolhidas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências

²⁵ Sem tempo aqui para uma referência mais exaustiva, devemos distinguir dois conceitos que, apesar das inter-relações existentes entre eles, não podem ser confundidos, quais sejam os da “vulnerabilidade” e “risco”. O primeiro refere-se à resiliência frente às ameaças que cada um enfrenta, ao passo que o risco se refere à exposição a perigos que podem causar vários danos.

de Vida, e aos reflexos da Convenção de Oviedo e da Recomendação 1418 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a proteção dos direitos e da dignidade dos doentes incuráveis e dos moribundos, adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 25 de Junho de 1999 e reforçada em 2003 pela Recomendação 24 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre a organização de cuidados paliativos.

A vulnerabilidade está assim ligada inelutavelmente à dignidade humana, representando a consideração de uma capacidade abstrata e potencial de autodeterminação, mas também destacando a necessidade de articulação com um princípio de solidariedade intercomunitária.

3. A consideração da deficiência

Ora, “a deficiência é uma de entre todas as possibilidades do ser humano e daí o dever ser considerada, mesmo se as suas causas e conseqüências se modificam, como um facto natural (...) de que falamos do mesmo modo que o fazemos em relação a toda as outras potencialidades humanas”, determinava a UNESCO em 1977.²⁶

Sempre naturalmente com o fundamento político e ético na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no seguimento da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9.12.75 que aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, e da orientação propugnada pela Resolução n.º 1990/26 do Comité Social, Humanitário e Cultural, relevantes preocupações se condensaram nas Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência, aprovadas por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de março de 1994.

Mas o marco essencial hoje é sem dúvida a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência — monitorizada pelo Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência e com vigência em Portugal desde as Resoluções da Assembleia da República n.º 56/2009 e n.º 57/2009, que aprovam a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque em 13 de dezembro de 2006, e respetivo Protocolo Opcional e dos Decretos do Presidente da República n.º 71/2009 e n.º 72/2009, que ratificam a referida Convenção e Protocolo Opcional.

Diga-se no entanto que sem prejuízo destas novas — e fundamentais previsões —, o ordenamento jurídico português encontrara desde logo uma primeira formulação de todas estas preocupações ao nível da lei constitucional, que no seu artigo 71.º desde a versão originária de 1976 sempre consagrara um direito fundamental das pessoas com deficiência. Este direito comporta duas dimensões essenciais: por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito das pessoas com deficiência a não serem privados de direitos ou isentos de deveres, e que se analisa portanto num específico direito de igualdade. Por outro lado, a mesma previsão comporta ainda uma vertente positiva, que consiste no direito a exigir do Estado a realização das condições de facto que permitam o efetivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres.

²⁶ *Table ronde international: images du handicap proposés au grand public*, Paris, UNESCO

Nesta perspetiva, fica excluído apenas o gozo daqueles direitos fundamentais para os quais de facto se achem incapacitados, âmbito em que se entende a garantia do direito ao ensino prevista no n.º 2 do artigo 74.º. Este princípio encontra desenvolvimento e atualidade que devem ser encarados nesta revisitação do tema através de novos institutos e regimes jurídicos.

Naturalmente integrando o conceito de específica e atendível vulnerabilidade, a deficiência — que no domínio da saúde representa qualquer perda ou anormalidade da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica²⁷ — e a pessoa com deficiência — aquela que por motivo de perda ou anomalia congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatômica, suscetível de provocar restrições de capacidade possa estar considerado em situações de desvantagem para o exercício de atividades consideradas normais tendo em conta a idade, o sexo e os fatores socioculturais dominantes — são conceitos que estritamente considerados, devem distinguir-se hoje, de acordo com as regras e nomenclatura internacionais aplicáveis, de outros termos como os de:

- Incapacidade, que no domínio da saúde, corresponde a qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência) de capacidades para exercer uma atividade de forma, ou dentro dos limites considerados normais para o ser humano²⁸;
- e
- Desvantagem (“handicap”), que no domínio da saúde representa um impedimento sofrido por um dado indivíduo, resultante de uma deficiência ou de uma incapacidade, que lhe limita ou lhe impede o desempenho de uma atividade considerada normal para esse indivíduo, tendo em atenção a idade, o sexo e os fatores socioculturais.

Apresenta-se a distinção *supra* — que resultou da Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Handicaps de 1980 (conhecida pelo acrónimo CIDIH) e que veio a ser substituída pela mais recente Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), adotada pela Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde em Maio de 2001 — por nos parecer sintomática da miríade de possibilidades que a mesma se pode revestir.

Mas a proteção é devida ao conceito de deficiência na sua formulação mais ampla e assim abrangendo as situações de deficiência, incapacidade e desvantagem estritamente consideradas a que fizemos referência.

O resultado a almejar não é aqui o da lógica da normalização, isto é, a de que as pessoas com deficiência devem frequentar as valências sociais e comunitárias menos restritivas e o mais próximas possível do normal para as pessoas da sua idade e meio envolvente²⁹, mas antes de respeitar a diferença de cada um e a compreensão do que são as suas necessidades precisamente para efeitos da cabal consecução do direito ao livre

²⁷ OMS, *A manual of classification relating to the consequences of disease*, 1980, p. 35.

²⁸ *Idem*, ob. cit., p. 36.

²⁹ Este conceito, primeiramente surgido na Escandinávia e depois nos EUA, significa em linhas gerais a convicção de que se devem usar com estas pessoas meios tão normativos quanto possível.

desenvolvimento da personalidade.

A proteção assume hoje então o modelo da integração — siga-se a classificação de Soder³⁰ segundo o qual a integração pode ser primordialmente física, funcional, social, e societal ou a de Meyjer³¹ que distingue a integração física, terminológica e funcional, administrativa, social, psicológica.

Na verdade, o que se vislumbra como essencial é que se evite a segregação, filosofia que se põe em prática mediante a provisão de uma variedade de alternativas que torna necessário diferenciar e diversificar a intervenção, dinamizando e adequando métodos, estratégias e atividades de aprendizagem, recursos humanos e materiais e espaços de realização pessoal — e o direito de participar na sociedade num ambiente integrado, bem como mais valias para as pessoas que não têm deficiência, experienciando a sensibilidade para as diferenças individuais que faz parte do (aprender a) ser pessoa.

Para a comunidade social resulta a implementação de uma cultura de compreensão, respeito e aceitação do outro, de construção de uma sociedade solidária, desenvolvimento de apoio e assistência mútua e preparação para uma comunidade de suporte e apoio, que encoraje a participação decisiva e proporcione a autossuficiência da pessoa.

4. O dever de cuidado como promoção da capacitação

Um eventualmente genérico dever de cuidado cometido ao Estado e assim juridicamente fundado permite atender a situações de desequilíbrio lato até um conceito mais burilado ligado à proibição expressa de discriminação (v.g. crianças, pessoas com deficiência, idosos), exigindo a escalpelização dos específicos problemas de grupos vulneráveis que, como dito, reclamam a consideração específica do princípio da igualdade.

Articulando tendências universalistas anteriores com esta preocupação, tem o ordenamento jurídico português vertido *indirizzos* em diplomas como o Decreto-Lei n.º 129/2017, de 9 de outubro, que instituiu o Programa «Modelo de Apoio à Vida Independente» MAVI, e em especial no contexto da Convenção de Direitos das Pessoas com deficiência, ou a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que aprovou o novo regime do maior acompanhado.³²

³⁰ *School integration of the mentally retarded: analysis of concepts, research and research needs, in research and development concerning integration of handicapped pupils into the ordinary school system*, Stockolm, National Swedish Board of Education, 1980.

³¹ COR. MEYJER E S. HEGARTY, *New Perspectives in special education. A six country study of integration*, London and New York, Routledge e al, Edit 1994, 1995, pp. 5 e ss..

³² A aprovação deste diploma segue-se à publicação de resoluções várias que evidencia — ainda que de forma porventura leviana e sobreposta — a preocupação com os temas ora em análise: Resolução da Assembleia da República n.º 88/2018, publicada a 4 de abril, que recomenda ao Governo medidas para a promoção do envelhecimento com direitos, Resolução da Assembleia da República n.º 91/2018, publicada a 5 de abril que recomenda ao Governo que crie uma estrutura com vista à promoção e proteção dos direitos das pessoas idosas, Resolução da Assembleia da República n.º 103/2018, publicada a 11 de abril, que recomenda ao Governo a adoção de mecanismos de apoio à tomada de decisão das pessoas com deficiência, em cumprimento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ainda que sujeitos a discussão quanto às respetivas soluções, os diplomas em causa convocam exemplificativamente uma cultura de promoção da agência e de uma verdadeira capacitação (“capability”, nos termos propostos por Amartya Sen e desenvolvidos por Martha Nussbaum). Para Amartya Sen a agência depende da capacidade de escolher pessoalmente as funções que se valorizam, uma escolha que pode não se correlacionar com o bem-estar pessoal. Vista como oportunidade e processo³³, e tal como proposta por Sen, a liberdade aproxima-se da capacidade (*capability*)³⁴ potenciada pela equidade.³⁵ De facto, e neste sentido, “quando vista em termos de oportunidades, a vantagem de uma pessoa será menor do que a de outrem³⁶, se ela tiver menor capacidade — uma menor oportunidade real — para conseguir realizar aquelas coisas a que, por alguma razão, dá valor.”³⁷ Da ligação entre a liberdade e a fundamentação potencial da capacitação decorre a eliminação da distinção entre *positive* e *negative freedom* e entre direitos de 1.^a e 2.^a geração, passando a centrar-se aqui o foco da avaliação da viabilidade ou plausibilidade dos direitos liberdades e garantias e dos direitos sociais que todos — todos mesmo — devem efetivamente ser titulares.

³³ AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 318 e 315: “A liberdade é preciosa, pelo menos, por duas razões. Primeiro, uma maior liberdade dá-nos uma maior *oportunidade* de tentar alcançar os nossos objetivos (...) Segundo, pode também suceder que atribuamos alguma importância ao *processo* de escolha em si mesmo”.

³⁴ AMARTYA SEN, *idem*, ob. cit., pp. 58/59: “Considerando que uma capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilização que emana dessa aptidão — desse poder — também passa a fazer parte da perspectiva das capacidades, e isto pode dar lugar a que se fale de um dever — aquilo que, em termos amplos, podemos apelidar de exigências deontológicas.”

³⁵ AMARTYA SEN, *ibidem*, ob. cit., p. 346 e ainda pp. 396, 398, 401.

³⁶ AMARTYA SEN, *ibidem*, ob. cit., p. 334 articulando capacidade e liberdade como oportunidade e as capacidades, indivíduos e comunidades, reconhecendo que “houve alguns críticos da perspectiva da capacidade que, na concentração de atenções sobre capacidades de pessoas, viram uma má influência vinda daquilo a que se tem chamado — e não se pense que é elogio — “individualismo metodológico”.

³⁷ AMARTYA SEN, *ibidem*, ob. cit., p. 319.

O RECONHECIMENTO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO COMO CRITÉRIO DELIMITADOR DAS MEDIDAS DE ACOMPANHAMENTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE ROLE OF PROPORTIONALITY IN THE DELIMITATION OF MEASURES RELATING TO THE EXERCISE OF LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH DISABILITIES

Mariana Fontes da Costa*

RESUMO

O presente texto tem como foco central de análise o papel que o princípio da proibição do excesso é chamado a desempenhar na delimitação e controlo das medidas de acompanhamento aplicadas a maiores portadores de deficiência. Em face da importante reforma legislativa a operar pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto e da concomitante substituição dos regimes da interdição e inabilitação pelo regime jurídico do maior acompanhado, revela-se da maior importância que a densificação da prática deste novo regime tenha como modelo orientador os princípios fundamentais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial o seu artigo 12.º. É alicerçada nos princípios da igualdade, capacidade e autodeterminação propugnados nesta norma e protegidos pelos princípios da necessidade e proporcionalidade que deve firmar-se a nova prática judiciária portuguesa em matéria de conformação dos termos de atuação jurídica das pessoas maiores portadoras de deficiência.

PALAVRAS CHAVE — Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, proibição do excesso, capacidade jurídica, maior acompanhado, medidas de ACOMPANHAMENTO

ABSTRACT

The present article focuses on the role the proportionality principle is summoned to play in limiting and controlling judicial measures related to the exercise of legal capacity by adults with disabilities. In view of the important legislative reform carried out by Law 49/2018 of August 14, and the expected concurrent replacement of a legal regime based upon guardianship by a legal regime based upon supported decision-making, it is crucial that the judicial implementation of this new legal regime be guided by the fundamental principles of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) — namely article 12 thereof. The new Portuguese judicial practice regarding the way in which adults with disabilities exercise their rights should rest upon the principles of equality, legal capacity and self-determination set forth on article 12 CRPD, and which are safeguarded by the principles of necessity and proportionality.

KEY WORDS — Convention on the Rights of Persons with Disabilities, proportionality, legal capacity, supported decision-making, measures relating to the exercise of legal capacity

* mcosta@direito.up.pt CIJE e Faculdades de Direito e Economia da Universidade do Porto.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. O artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3. O princípio da proibição do excesso aplicado à delimitação das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência. 4. Algumas notas gerais sobre o regime jurídico-civil do maior acompanhado à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 5. Considerações finais.

1. Considerações Introdutórias¹

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto veio criar o regime jurídico do maior acompanhado, extinguindo os institutos da interdição e da inabilitação².

A necessidade da reforma era inquestionável e a sua oportunidade, se algo se lhe pode apontar, peca apenas por tardia.

Os institutos da interdição e da inabilitação, consagrados nos artigos 138.º a 156.º do Código Civil (doravante “CC”), são, na sua essência, contemporâneos da entrada em vigor do Código, datando, como tal, de 1967.

Ora, à data, o modelo predominante de delimitação do conceito de deficiência era o modelo médico, segundo o qual esta era compreendida como uma limitação do próprio indivíduo, passível de fundamentar e justificar um juízo de incapacidade que sobre o mesmo recaía.

Este modelo veio paulatinamente a ser substituído, sobretudo a partir da década de oitenta, por um modelo social da deficiência, o qual encontra na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 30 de março de 2007, a sua consagração. De acordo com o modelo social da deficiência, esta não constitui uma limitação física ou psíquica do próprio indivíduo, a ser resolvida por ele e/ou pelas pessoas que diretamente o acompanham, mas antes resulta de um conjunto complexo de fatores estruturais e culturais da própria sociedade como um todo, cabendo a esta, coletivamente, promover as adaptações ambientais necessárias para que as pessoas com deficiência possam participar com plenitude na vida social³.

¹ O presente texto corresponde, com atualizações e algumas alterações, à comunicação apresentada pela Autora no Seminário “Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência”, organizado pelo CIJE — Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 17 de abril de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² O estudo de política legislativa que esteve na origem do anteprojeto na base desta reforma foi muito recentemente publicado, estando disponível in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores, *Revista de Direito Civil*, ano III, n.º 3, 2018, pp. 473 ss.

³ Sobre esta passagem do modelo médico ao modelo social, por todos, ROSEMARY KAYESS e PHILLIP FRENCH, Out of darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Human Rights Law Review*, n.º 8, I, 2008, pp. 5 ss.; JAIME VALLE, A protecção internacional universal dos direitos das pessoas com deficiência, *O Direito*, n.º 148, III, 2016, pp. 592-593; GERALDO ROCHA RIBEIRO, O sistema de protecção de adultos (incapazes) do Código Civil à luz do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 1107 ss.; MARGARIDA PAZ, A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, in *Direito das Pessoas com Deficiência*, Centro de Estudos

Da conjugação do preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (alínea e) com o seu artigo 1.º, 2.ª parte resulta que o conceito de deficiência não mais traduz uma condição pessoal inerente ao indivíduo, suscetível de o tornar passível de um juízo genérico de incapacidade, mas antes deve ser compreendido na interação da pessoa com limitações («*impairments*») físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais duradouras com as barreiras comportamentais e ambientais com que esta se defronta na sua dimensão social⁴. Cabe à sociedade encontrar formas de atenuar e contornar essas barreiras, de modo a promover a “plena e efectiva participação” das pessoas com deficiência na vida social “em condições de igualdade com os outros” (redação do artigo 1.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência).

A passagem do modelo médico ao modelo social tem reflexos jurídicos de grande relevância, impondo que os tradicionais modelos de substituição da pessoa com deficiência no exercício de direitos e obrigações próprios, assentes em juízos de incapacidade e protecção, sejam afastados e no seu lugar sejam adotados modelos de acompanhamento da pessoa com deficiência no exercício dos seus direitos e obrigações, assentes em critérios rigorosos de necessidade e proporcionalidade⁵.

Esta exigência de alteração do paradigma jurídico resulta claramente da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — em especial do seu artigo 12.º (a que dedicaremos o § seguinte) -, em vigor em Portugal desde 23 de outubro de 2009⁶.

Ora, assentando o instituto da interdição num modelo de substituição gerador de uma incapacidade genérica de exercício de direitos equiparada à menoridade e suprida através da tutela, resulta clara a sua incompatibilidade com o regime jurídico preconizado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, há muito se impondo a sua eliminação do ordenamento jurídico português⁷.

Judiciários (ed.), Lisboa, 2017, p. 37, pesquisável em www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf e SANDRA MARQUES, Reconhecimento da capacidade de exercício e os seus impactos na cidadania — Implicações práticas, in *Direito das Pessoas com Deficiência*, Centro de Estudos Judiciários (ed.), Lisboa, 2017, p. 117, pesquisável em www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf.

Geraldo Rocha Ribeiro assinala ainda a crescente afirmação de um modelo de compromisso, assente numa conceção “biopsicossocial” que pretende oferecer uma abordagem integrada das perspetivas biológica, individual e social associadas à deficiência. — GERALDO ROCHA RIBEIRO, O sistema de protecção, p. 1111, nota 16.

⁴ Defendendo a adoção do modelo social pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, por todos, ROSEMARY KAYESS e PHILLIP FRENCH, *Out of darkness*, p. 24; MICHAEL ASHLEY STEIN e JANET E. LORD, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities — European and Scandinavian Perspectives*, Oddný Mjöll Arnardóttir e Gerard Quinn (ed.), Brill, Leiden e Boston, 2009, p. 25; JAIME VALLE, *A protecção*, p. 594; GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, p. 1107 e MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, p. 37.

⁵ MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, p. 35.

⁶ Nas palavras de Michael Stein e Janet Lord, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência funciona como um “gatilho” para uma atuação, em coerência, do legislador nacional. — MICHAEL ASHLEY STEIN e JANET E. LORD, *Future Prospects*, p. 35.

⁷ Recorrendo à expressão de Maria Raquel Guimarães, o interdito surge à luz do atual orde-

Igualmente insustentáveis à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência são as incapacidades de gozo automáticas associadas quer ao regime da interdição, quer ao regime da inabilitação⁸. Referimo-nos aos atuais artigos 1601.º, b); 1850.º, n.º 1; 1913.º, n.º 1, b); 1933.º, n.º 1, a); 1953.º, n.º 1; 1970.º, a) e 2189.º, b) do Código Civil quanto às incapacidades dos interditos e aos artigos 1601.º, b); 1913.º, n.º 1, b); 1933.º, n.º 1, a) (veja-se, contudo, o n.º 2); 1953.º, n.º 1 e 1970.º, a) do Código Civil quanto às incapacidades extensivas aos inabilitados⁹. Estão em causa atuações humanas tão fundamentais como a capacidade para casar, perflhar, testar e exercer o poder paternal.

Maior dúvida poderia suscitar a adequação do regime da inabilitação a um modelo social de compreensão da deficiência assente numa lógica de atuação acompanhada.

Na medida em que o suprimento da incapacidade de exercício por inabilitação assenta, por princípio, no instituto da assistência e não da representação, atuando o curador a par do inabilitado sem retirar a este a iniciativa do ato¹⁰, resulta claro o seu maior ajustamento ao modelo corporizado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dele igualmente indo ao encontro na maior flexibilidade reconhecida à delimitação dos termos da necessidade desse acompanhamento (vejam-se os artigos 153.º e 154.º CC).

Contudo, é desde logo contrária à essência da Convenção a fixação de um âmbito mínimo de incapacidade por inabilitação associado aos atos de disposição de bens entre vivos, consagrado pelo artigo 153.º, n.º 1 CC¹¹.

namento jurídico português como um “*maior menor*” (itálico no original). — MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português; Perspectivas de evolução*, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Helena Mota e Maria Raquel Guimarães (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, p. 233. Sublinhando, igualmente, que o regime da interdição exclui o indivíduo da sociedade, inibindo-o completamente de exercer os seus direitos de cidadania e tratando-o como se não fosse sujeito de direitos, ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual — a nova conceção da pessoa com deficiência*, *Revista do Ministério Público*, n.º 140, 2014, p. 92.

⁸ ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *Críticas ao regime*, pp. 98 ss. (em especial pp. 109 ss.); GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, p. 1111 e MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, p. 44.

⁹ Fazendo igualmente este levantamento, SOFIA MARQUES e FERNANDO VIEIRA, *Protecção da autonomia na incapacidade — Novas exigências ao regime jurídico português*, *Julgar*, n.º 34, 2018, pp. 63-64.

¹⁰ Nas palavras de Carlos Mota Pinto, enquanto a representação é “a forma de suprimento da incapacidade traduzida em ser admitida a agir outra pessoa em nome e no interesse do incapaz”, a assistência “tem lugar quando a lei admite o incapaz a agir, mas exige o consentimento de certa pessoa ou entidade. Enquanto o representante legal actua em vez do incapaz, o assistente destina-se a autorizar o incapaz a agir, pertencendo a iniciativa do acto a este último. O representante (p. ex., pai, tutor) substitui o incapaz na actuação jurídica; o assistente (p. ex., curador dos inabilitados, em princípio) impede o incapaz de agir ou intervém ao lado dele”. — CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 223.

¹¹ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, p. 1162. Para Sofia Marques e Fernando

É também contrária à essência da Convenção a consagração, no artigo 154.º, n.º 1 CC, de um regime de substituição do inabilitado em sede de administração do seu património, quando o tribunal assim o entender¹².

Igualmente incompatível com a Convenção é o entendimento subsidiário do regime da inabilitação, que parece resultar do artigo 152.º CC, ao fixar que serão sujeitos à inabilitação os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira “*não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição*” (itálico nosso).

Deste modo, e pelas razões muito sumariamente expostas, bem nos parece ter estado o legislador português na Lei n.º 49/2018, ao optar pela extinção, sem mais, dos regimes da interdição e da inabilitação¹³, construindo, em sua substituição, um regime jurídico novo, mais consonante com o modelo social e, sublinhe-se, com o regime jurídico a que o Estado Português se vinculou ao aprovar e ratificar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁴.

2. O artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Conforme referimos *supra*, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, no dia 30 de março de 2007, tendo sido aprovada em Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho¹⁵.

Centrando a atenção no artigo 12.º da referida Convenção, com a epígrafe “Reconhecimento igual perante a Lei”, dele resulta a imposição para os Estados Partes de consagração de um estatuto jurídico nacional que reconheça e salvaguarde a igualdade das pessoas com deficiência

Vieira, apesar da maior adequação do regime da inabilitação às novas exigências em matéria de capacidade das pessoas com deficiência, o mesmo encontra-se excessivamente centrado na proteção do património e não é suficientemente “maleável” (aspas no original) para permitir o ajustamento das medidas aos níveis de autonomia de cada indivíduo concreto. — SOFIA MARQUES e FERNANDO VIEIRA, *Proteção*, pp. 65-66.

¹² Deste modo, e como afirma C. Mota Pinto, a distinção entre interdição e inabilitação não se traduz necessariamente numa diversidade de formas de suprimento, por nesta poder igualmente intervir a representação. – CARLOS MOTA PINTO, *Teoria*, p. 243. Conforme assinala A. Menezes Cordeiro, nestes casos a especial diferença entre os dois regimes situa-se no domínio das situações de natureza pessoal, dado que o curador, diferentemente do tutor, não pode aí tomar quaisquer medidas no tocante ao inabilitado. – ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica*, p. 490.

¹³ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, pp. 1122 ss.; MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, p. 44 e SANDRA MARQUES, *Reconhecimento*, p. 119.

¹⁴ Assinalando igualmente a desadequação destas figuras em matéria de proteção dos direitos das pessoas em situação de perda de capacidades cognitivas, em especial idosos, ADRIANA GOMES NEVES, ANA SOFIA CARVALHO e JORGE GRACIA IBÁÑEZ, *Análise crítica dos regimes de incapacidades de adultos em Portugal e Espanha*, in *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Helena Mota e Maria Raquel Guimarães (coord.), Almedina, Coimbra, 2016, pp. 25 ss.

¹⁵ Portugal vinculou-se igualmente ao Protocolo Adicional à Convenção, adotado na Assembleia Geral das Nações Unidas também em 30 de março de 2007, o qual foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, de 30 de julho e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 72/2009, de 30 de julho.

face a todas as restantes pessoas, no que respeita à sua capacidade jurídica de gozo e de agir¹⁶. Enquanto a primeira se refere à “aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relações jurídicas”, a segunda diz respeito à “idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por *acto próprio e exclusivo ou* mediante um *representante voluntário ou procurador*, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado” (itálicos no original)¹⁷.

A consagração do princípio da igualdade em matéria de capacidade de gozo e de exercício das pessoas portadoras de deficiência implica desde logo, como afirmamos *supra*, a rejeição de um modelo de substituição assente numa declaração abstrata de incapacidade, impondo-se antes, em seu lugar, a adoção de um modelo de capacidade e acompanhamento¹⁸, assente num juízo casuístico adequado a defender a autodeterminação do adulto com deficiência e a colmatar as desigualdades materiais geradas pela conjugação das limitações por ele experimentadas com o meio envolvente.

Reconhecer a igualdade das pessoas com deficiência em matéria de capacidade jurídica em sentido amplo implica, antes de tudo o mais, uma mudança radical de um paradigma assente na proteção para um paradigma assente no respeito pela autonomia; abandona-se, assim, um modelo de *best interest* em prol de um modelo de *best wishes*, no qual a vontade e preferências da pessoa com deficiência assume um papel central¹⁹.

Daí que se revista de especial gravidade a discrepância na tradução portuguesa (não reconhecida como versão oficial pelas Nações Unidas) do artigo 12.º, n.º 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, segundo o qual: “[o]s Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. *Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicam-se no período de tempo mais curto possível e estão sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial. As garantias são proporcionais ao grau em que tais medidas afectam os direitos e interesses da pessoa*” (itálico nosso).

Note-se que na versão oficial em língua inglesa estatui o artigo 12.º, n.º 4 que: “States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. *Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the*

¹⁶ Assinalando igualmente a abrangência desta dupla dimensão da capacidade, por todos, ROBERT DINERSTEIN, Implementing legal capacity under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the difficult road from guardianship to supported decision-making, *Human Rights Brief*, n.º 19, II, 2012, p. 8; COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General comment No. 1: Article 12: Equal recognition before the law*, 2014, p. 3, pesquisável em <https://daccess-ods.un.org/TMP/887732.580304146.html>; GERALDO ROCHA RIBEIRO, O sistema de protecção, p. 1110 e MARGARIDA PAZ, A capacidade jurídica, p. 39.

¹⁷ CARLOS MOTA PINTO, *Teoria*, pp. 220-221.

¹⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General comment*, p. 1.

¹⁹ Por todos, IDEM, *ibidem*, p. 5 e MARGARIDA PAZ, A capacidade jurídica, p. 41. Abordando já anteriormente a relação dicotómica entre estas duas forças e preconizando a necessidade de maior relevo à segunda, PAULA TÁVORA VÍTOR, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 14 ss.

rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests" (itálico nosso).

Resulta da contraposição entre as duas versões que onde se lê “[t]ais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica *em relação aos* direitos, vontade e preferências da pessoa estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas (...)” deve o intérprete português ler “[t]ais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os direitos, vontade e preferências da pessoa, estão isentas de conflitos de interesse e influências indevidas (...)”²⁰.

Da conjugação dos números 2, 3 e 4 do artigo 12.º da Convenção resulta que o objetivo primeiro das medidas de apoio ao exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência é a operacionalização dos seus direitos no respeito, sempre que possível e na medida dessa possibilidade, pela sua vontade e preferências²¹.

Daí que, na expressão feliz de Geraldo Rocha Ribeiro, estas medidas de acompanhamento devam ser, por isso, “obra de um *alfaiate*” (itálico no original)²².

Tal equivale a reconhecer que o modelo social de acompanhamento no exercício da capacidade jurídica refletido no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impõe aos Estados Partes a consagração, a nível nacional, de regimes jurídicos dotados de elevada flexibilidade e potencial de ajustamento ao caso concreto, assentes na atribuição ao tribunal de amplos poderes discricionários de modelação casuística, em função dos interesses e necessidades específicos de cada caso²³.

Porém, isso não significa que possam os Estados Partes da Convenção limitar-se a consagrar, no direito interno, um regime legal de cariz meramente principiológico, globalmente assente em conceitos indeterminados a densificar pela ação da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência. A natureza das matérias envolvidas e a sua estreita ligação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana impõem um grau de concretização legislativa que, sem pôr em causa a adaptabilidade do sistema às especificidades de cada caso concreto, assegure valores de certeza e segurança e forneça padrões legais de decisão e controlo. Este equilíbrio, entendemos, representa o mais difícil desafio legislativo à regulação da matéria sobre a qual recai a recente Lei n.º 49/2018.

O artigo 12.º, n.º 4 da Convenção fornece um precioso auxílio ao legislador nacional no exercício da tarefa criadora que lhe compete, ao fixar como critério intransponível de delimitação das medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência o princípio da proporcionalidade, cujo potencial de controlo se estende “a todas

²⁰ Alertando para esta questão, também, MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, pp. 38-39.

²¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, *General comment*, p. 5. E mesmo nos casos em que não é possível aferir da vontade e preferências da pessoa com deficiência, o modelo a seguir deve ser o da melhor interpretação dessa vontade e não o da promoção abstrata da medida que melhor serve o seu interesse, *idem*.

²² GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, p. 1156.

²³ *Idem*, p. 1129. Neste âmbito, Maria Raquel Guimarães alerta para o perigo de a prática judiciária vir a criar “fora da lei, dois ou três regimes-padrão a que se reconduzam toda uma miríade de casos particulares”. – MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *Este país*, p. 246.

as espécies de actos dos poderes públicos”, vinculando “o *legislador*, a *administração* e a *jurisdição*” (itálico no original)²⁴.

3. O princípio da proibição do excesso aplicado à delimitação das medidas de acompanhamento das pessoas com deficiência

Nas palavras de Jorge Reis Novais, o princípio da proibição do excesso (também designado princípio da proporcionalidade em sentido lato²⁵) constitui o principal “instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual”, decorrendo “inquestionavelmente da própria ideia de Estado de Direito”²⁶.

Na tripartição clássica adotada pela maioria da doutrina portuguesa, este princípio é constituído por três subprincípios: princípio da conformidade (também designado princípio da adequação de meios, idoneidade ou aptidão); princípio da necessidade (também designado princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade); e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (também designado princípio da racionalidade)²⁷.

Da aplicação do subprincípio da conformidade à delimitação das medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica das pessoas com deficiência (no respeito pela imposição constante do artigo 12.º, n.º 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) resulta que as medidas adotadas devem ser apropriadas à prossecução do fim ou fins a elas subjacentes, ou seja, devem ser aptas a alcançar os fins que fundamentam a sua adoção²⁸.

Ora, a identificação dos fins subjacentes à adoção das medidas de acompanhamento é operada pela própria Convenção, sendo de especial relevância para o efeito o texto dos artigos 1.º, 3.º e 12.º. Da conjugação destas disposições normativas resulta que as medidas de acompanhamento serão adequadas aos fins a que se destinam, entendemos,

²⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a ed., Almedina, Coimbra, reimpr., p. 272.

²⁵ Utilizamos, para efeitos deste texto, os dois termos como sinónimos, não obstante alertarmos para a existência de correntes doutrinárias que distinguem os dois conceitos. — Sobre este tema, por todos, VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 40 ss.

²⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 161.

²⁷ Por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 269 ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 6a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 207 ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 162 ss.; ANABELA LEÃO, Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1004 ss. e VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 47 ss.

Para uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proibição do excesso, a qual excede o âmbito do tema que nos propomos, por todos, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 194 ss. e, com exaustividade, VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 223 ss. e *passim*.

²⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 269-270.

na medida em que sejam aptas a realizar ou contribuir para alcançar a superação das barreiras experimentadas por aquela pessoa concreta na sua interação social, ao nível da tomada de decisões jurídicas e/ou ao nível da aptidão para executar as decisões tomadas. A idoneidade destas medidas dependerá de as mesmas se revelarem adequadas a promover e garantir uma efetiva liberdade de atuação jurídica da pessoa com deficiência, contribuindo para a plena realização da sua autonomia individual, em consonância com o que o ordenamento jurídico assegura para os restantes indivíduos maiores; nesta sua dimensão, o juízo de idoneidade das medidas de acompanhamento conflui — ainda que o anteceda logicamente — com o juízo de necessidade das mesmas²⁹.

Por sua vez, o respeito pelo princípio da necessidade impõe que, de entre as possíveis medidas de acompanhamento idóneas, sejam adotadas aquelas que constituem um meio menos restritivo e oneroso para o exercício livre, individual e autónomo da capacidade de gozo e de exercício pela pessoa com deficiência³⁰. Trata-se, no fundo, de comparar, de entre as diversas medidas de acompanhamento adequadas à superação das barreiras experienciadas pela pessoa com deficiência na sua interação jurídica com outras pessoas, quais as que geram a “menor ingerência possível”³¹ no direito à autodeterminação do indivíduo.

O artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece a essencialidade deste controlo de necessidade sobre as medidas de acompanhamento, quer no seu número 3, ao estatuir que “[o]s Estados Partes tomam medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que *possam necessitar* no exercício da sua capacidade jurídica”³² (itálico nosso), quer no número 4, ao impor que os Estados Partes assegurem que essas medidas forneçam as “garantias apropriadas e efetivas para *prevenir o abuso* de acordo com o direito internacional dos direitos humanos” (itálico nosso) e ao determinar que essas garantias terão como propósito, nomeadamen-

²⁹ Note-se que não está em causa um qualquer juízo de bondade ou oportunidade da medida, o qual surge associado aos princípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas apenas um controlo sobre a aptidão objetiva da medida para realizar o fim a que se destina. — JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, p. 167. A dificuldade encontra-se, aqui, na delimitação desse fim, até recentemente identificado com a proteção da pessoa dita “incapaz” e, com a afirmação do modelo social, crescentemente identificado com a promoção substantiva da autonomia individual plena da pessoa com deficiência. Num paradoxo de difícil delimitação, as medidas de acompanhamento constituem restrições à liberdade individual de atuação jurídica com o propósito de assegurar o pleno exercício dessa mesma liberdade. Salientando igualmente a natureza empírica das operações subjacentes ao juízo de adequação, por contraposição a juízos de valoração ou ponderação de bens, interesses ou valores a ele estranhas, VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 577-578.

³⁰ Por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 270; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 170 ss. e ANABELA LEÃO, Notas sobre o princípio da proporcionalidade, pp. 1004-1005.

³¹ J. J. Gomes Canotilho utiliza como sinónimo de “princípio da necessidade” o termo “princípio da menor ingerência possível”. — J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 270. Sublinhando esta ideia de comparação entre possíveis complexos de relações meios/fins, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, p. 172.

³² Está aqui subjacente, parece-nos, uma imposição de controlo simultaneamente da idoneidade e da exigibilidade das medidas.

te, assegurar que as medidas de acompanhamento serão “*proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa*” e se aplicarão “*no período de tempo mais curto possível*”, estando “*sujeitas a um controlo periódico por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial*” (itálico nosso).

De especial relevância nos parece sublinhar dois aspetos. O primeiro prende-se com a circunstância de este controlo de necessidade se confrontar, na prática, com o facto de dificilmente dois meios distintos equivalerem plenamente no grau de adequação à promoção dos fins, deste modo tornando o processo de comparação num juízo valorativo e ponderativo entre ganhos e perdas de idoneidade contra agravamentos e atenuações de ingerência³³. O segundo prende-se com a importância de este juízo ponderativo ter em atenção, sempre que possível, a sensibilidade específica da pessoa a quem será atribuída a medida de acompanhamento, devendo dar-se preferência, dentre as diversas opções idóneas, às medidas que a própria reporta como menos gravosas para a sua autodeterminação pessoal³⁴.

Por fim, exige-se ainda que as medidas concretamente fixadas respeitem a proporcionalidade em sentido estrito. Por força desta dimensão do princípio da proibição do excesso, não basta que as medidas estipuladas sejam adequadas e necessárias à promoção dos fins a que se destinam; é ainda exigido que a restrição que as mesmas geram em termos de autonomia de atuação da pessoa em causa não seja desproporcional face ao benefício que geram na promoção de uma efetiva operacionalização da capacidade jurídica da mesma³⁵. Uma das mais relevantes especificidades da aferição do respeito pelo princípio da proporcionalidade em sede de aplicação de medidas de acompanhamento reside no facto de a ponderação entre o desvalor dos meios e o benefício dos fins incidir, em regra, sobre a esfera da mesma pessoa.

³³ Daí que Vitalino Canas defina o meio necessário como “*aquele cuja alternativa ou alternativas não são consideravelmente menos interferentes e/ou não prometem intensidade de satisfação aproximadamente igual ou superior*” (itálico no original). — VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, p. 605. Ainda a este propósito, o Autor faz a distinção entre uma modalidade lata e uma modalidade estrita do segmento da necessidade: enquanto a primeira privilegia a maior satisfação dos fins visados, a segunda privilegia a menor interferência na esfera do sujeito afetado pelas medidas adotadas. Sublinha o Autor que no controlo da atuação legislativa prevalece, em regra, a modalidade lata, mais compatível com a preservação de liberdade de conformação do legislador. Não obstante, admite a possibilidade de aplicação “*circunstancial e limitada da modalidade estrita, ou pelo menos de versões atenuadas da modalidade lata*”, por exemplo, em situações de “*excecional sacrifício de certos bens, interesses ou valores*” (itálico no original). — VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 672-673. Reconhecendo igualmente uma maior liberdade de conformação ao legislador, embora sublinhando que a mesma é especialmente relevante no controlo da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido estrito, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 272. Sobre o mesmo tema, apresentando reservas a uma formulação genérica muito ampla deste entendimento, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 198 ss.

³⁴ Fazendo referência a estes dois aspetos numa análise geral do princípio, IDEM, *ibidem*, pp. 172-173.

³⁵ Por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 270; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 178 ss.; ANABELA LEÃO, Notas sobre o princípio da proporcionalidade, pp. 1005-1006 e VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 794 ss.

Jorge Reis Novais autonomiza ainda dois outros subprincípios inerentes ao princípio da proibição do excesso: o princípio da razoabilidade e o princípio da determinabilidade³⁶.

Por força do primeiro, ainda que a restrição seja idónea, necessária e proporcional ao benefício promovido, ela violará o princípio da proibição do excesso se implicar para o sujeito uma “afectação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjectividade”, isto é, se ela colocar o afetado numa posição desrazoável face aos ditames da proteção da sua liberdade e autonomia individual e do relacionamento entre o Estado e os seus cidadãos num Estado de Direito³⁷.

O princípio da determinabilidade impõe que o alcance e medida concretos das restrições sejam suficientemente densificados pelo legislador, em termos de poderem ser reconhecidos e identificáveis, seja no seu conteúdo possível, seja nos efeitos que lhe podem estar associados³⁸.

Este princípio conjuga exigências fundamentais de segurança e proteção da confiança dos cidadãos potencialmente afetados pelas medidas restritivas em causa com a necessidade de assegurar a possibilidade de controlo das medidas concretamente aplicadas em face da margem de discricionariedade conferida ao aplicador³⁹.

Conforme mencionámos *supra*, o princípio da determinabilidade apresenta um desafio especialmente difícil para o legislador nacional em sede de regulação das medidas de acompanhamento a maiores portadores de deficiência, na medida em que coloca a tónica no equilíbrio ténue entre a promoção da segurança jurídica, densificação e previsibilidade que são pedidos ao legislador nesta matéria e as exigências de adaptabilidade casuística que são impostas pela adoção do modelo social e pela dignidade da pessoa com deficiência, nos termos tão claramente consagrados pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

4. Algumas notas gerais sobre o regime jurídico-civil do maior acompanhado à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A reforma a operar através da entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto pretende, em grande medida, promover a adequação do regime jurídico nacional às mais recentes conceções científicas e sociais sobre a deficiência, ajustando-o às exigências que resultam para o Estado Português da adesão à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Sem pretensões de qualquer exaustividade, procuraremos, neste ponto, traçar algumas breves notas sobre o regime jurídico-civil consagrado pela Lei n.º 49/2018 e o seu entendimento à luz do princípio da proibição do excesso, com a conformação que resulta do artigo 12.º da referida Convenção.

³⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, pp. 187 ss.

³⁷ *Idem*, p. 187. Para uma análise aprofundada do debate sobre a autonomização da razoabilidade em sede do juízo de proibição do excesso, VITALINO CANAS, *O princípio da proibição*, pp. 1079 ss.

³⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais*, p. 191.

³⁹ Conforme refere Jorge Reis Novais, “a indeterminação da lei restritiva reflecte-se na sindicabilidade judicial e na incerteza quanto à intensidade do respetivo controlo (...)”, *idem*, pp. 191-192.

O primeiro aspeto a salientar, e que constitui o verdadeiro cerne da mudança legislativa que a Lei n.º 49/2018 se propõe realizar, centra-se no facto de o novo regime propugnar, como regra, a adoção de um modelo de acompanhamento, em detrimento de um modelo de substituição.

A par da própria designação do regime (“maior acompanhado”) e da epígrafe do artigo 138.º do Código Civil⁴⁰ (“Acompanhamento”), coube à nova redação do artigo 145.º dar corpo a essa mudança de paradigma, remetendo o seu n.º 1, de modo expresso, para o juízo de necessidade para que igualmente remete o artigo 12.º, n.º 4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com os contornos abordados nos pontos anteriores.

Os termos de concretização do princípio da necessidade encontram-se densificados no n.º 2 do mesmo artigo, o qual consagra — como não poderia evitar — uma análise casuística, adaptada ao caso concreto e independente dos termos do pedido que desencadeou o juízo. Trata-se, aqui, de uma das mais claras manifestações da consagração do modelo de “alfaiate”, a que se referiu Geraldo Rocha Ribeiro⁴¹.

Não obstante, o legislador consagrou nas alíneas b) e c) do artigo 145.º, n.º 2 a possibilidade de aplicação dos regimes de representação geral ou especial e de administração total ou parcial de bens, ambos correspondentes a verdadeiras medidas de substituição, com proximidade evidente às que presentemente se encontram em vigor para o regime da interdição e, nos termos do artigo 154.º do Código Civil, para a inabilitação.

Compreender-se-á que a adoção de um modelo de acompanhamento nem sempre será possível, nomeadamente nos casos mais graves em que a intensidade das barreiras sofridas pela pessoa a impeçam de expressar uma vontade efetiva⁴². Espera-se, porém, que a precedência alfabética conferida às alíneas que nomeiam regimes de substituição sobre as alíneas que identificam regimes de acompanhamento não seja prenúncio de uma prática no mesmo sentido pelos tribunais judiciais, aos quais é exigido que, na identificação do regime aplicável ao caso concreto, tenham presente, antes e acima de outras considerações, a submissão das medidas de acompanhamento ao princípio da proibição do excesso, sobretudo na vertente de necessidade, exigibilidade ou indispensabilidade.

Uma segunda nota de grande relevo é a eliminação das incapacidades de gozo automáticas que se encontram associadas atualmente quer ao regime da interdição, quer ao regime da inabilitação. Deste modo, com a entrada em vigor do regime jurídico consagrado pela Lei n.º 49/2018, a regra será a da liberdade de exercício de direitos pessoais pelo maior sujeito a medidas de acompanhamento, salvo disposição legal ou decisão judicial em contrário. Estão em causa, nomeadamente, os direitos de “casar ou de cons-

⁴⁰ As disposições legais mencionadas neste ponto sem indicação de fonte pertencem ao Código Civil português na redação dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, exceto se for outra a inferência que resulte do contexto.

⁴¹ *Vide, supra*, 2.

⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica*, pp. 546-547. No mesmo sentido, também, GERALDO ROCHA RIBEIRO, *O sistema de protecção*, p. 1112. Margarida Paz, em sentido não inteiramente coincidente, admite apenas a tutela parcial, em casos “absolutamente **excepcionais**” (negrito no original), sublinhando, porém, que a mesma não encontra acolhimento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. — MARGARIDA PAZ, *A capacidade jurídica*, p. 45.

tituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar” (redação conjugada dos números 1 e 2 do artigo 147.º).

Um terceiro ponto a destacar prende-se com a relevância conferida à vontade do próprio sujeito intitulado “maior acompanhado” na determinação de aspetos centrais de conformação das medidas de acompanhamento específicas a adotar⁴³.

Assim, a nova redação do artigo 139.º impõe que o tribunal não possa decidir acerca do acompanhamento do maior sem que este seja — nos casos em que tal, naturalmente, é possível — previamente ouvido, sendo que esta audição deverá ser “pessoal e direta”.

Por força do artigo 141.º, n.º 1, o acompanhamento deve ser requerido pelo próprio, apenas podendo ser requerido pelo cônjuge, unido de facto ou parente sucessível com a autorização daquele. Exceção se encontra à legitimidade para o efeito do Ministério Público, a quem a lei dispensa de autorização prévia para desencadear o processo.

Sucedo, porém, que o n.º 2 do mesmo artigo 141.º reconhece ao tribunal o poder de suprir essa autorização nos casos em que o próprio sujeito, em face das circunstâncias, a não possa dar de forma livre e consciente, ou quando considere existir um fundamento atendível para o efeito. Ora, a existência desse fundamento atendível parece reconduzir-se, em cada caso concreto, à verificação da necessidade de acompanhamento, pelo que a exceção, que reputamos justificada, tem o potencial de despojar de operacionalidade a regra da prevalência da iniciativa do próprio. Assim que os Pareceres do Conselho Superior de Magistratura⁴⁴ e do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público⁴⁵ tenham propugnado a manutenção, adaptada, da opção do regime atualmente em vigor, atribuindo legitimidade processual ativa ao cônjuge, unido de facto ou parente sucessível, sem necessidade de autorização prévia do próprio. Caberia, naturalmente, depois ao tribunal avaliar e valorar a oposição do sujeito à aplicação a si das medidas de acompanhamento, nos casos em que esta ocorresse.

⁴³ Conforme assinala A. Menezes Cordeiro, a “primazia da autonomia do visado, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até aos limites do possível” constitui um dos escopos consensualizados da reforma. — ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica*, pp. 541-542. Esta ideia veio a ser expressamente acolhida no preâmbulo da Proposta de Lei n.º 110/XIII, que esteve na origem da Lei n.º 49/2018.

⁴⁴ CONSELHO SUPERIOR DE MAGISTRATURA, *Parecer sobre proposta de Lei nº 110/XIII que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação. Procedimento nº 2018/GAVPM/1035*, pp. 35-37, pesquisável em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=42175>.

⁴⁵ GRUPO DE TRABALHO DA ÁREA CÍVEL DO DEPARTAMENTO DE FORMAÇÃO, ESTUDOS E PARECERES DO SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer sobre a Proposta de Lei que estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos antigos institutos da interdição e da inabilitação. Altera o Código Civil, o Código de Processo Civil e diversos outros diplomas*, p. 37, pesquisável em <http://www.smmp.pt/?p=40478>.

Por fim, o artigo 143.º, n.º 1 consagra o primado da vontade do maior acompanhado na escolha do seu acompanhante⁴⁶, o qual é depois, nos termos da Lei, “designado judicialmente”. Será de admitir resultar desta parte final do artigo 143.º, n.º 1 uma competência de confirmação da escolha pelo tribunal judicial, a qual implica um juízo de concordância, que se compreende e justifica perante a existência de barreiras ao exercício pleno, pessoal e consciente dos direitos (redação do artigo 138.º) que fundamentam a própria aplicação do regime do maior acompanhado; o juízo de confirmação do tribunal, que deve privilegiar a escolha feita sempre que a mesma se não revele desadequada, visa assegurar a idoneidade do acompanhante no desempenho das competências que lhe são atribuídas.

Sem prejuízo dos inquestionáveis avanços consagrados pela nova legislação no que concerne ao respeito pela autodeterminação da pessoa com deficiência, não poderá deixar de se notar, contudo, a opção legislativa de manter algumas remissões para o modelo médico e um paradigma de *best interest* do maior acompanhado. Esta influência é particularmente notória na redação do artigo 140.º, n.º 1, ao estatuir como finalidades do acompanhamento do maior o seu *bem-estar* e a *sua recuperação*; no artigo 143.º, n.º 2, que refere expressamente como fundamento de escolha do acompanhante, em caso de falta de escolha pelo acompanhado ou pelo seu representante legal, a “pessoa cuja designação melhor salvaguarde o *interesse imperioso do beneficiário*” (itálico nosso); e o artigo 146.º, n.º 1, que fixa como orientações do exercício da função do acompanhante “o *bem-estar* e a *recuperação do acompanhado*” (itálico nosso).

Por fim, uma quarta nota diz respeito à preocupação do legislador em reforçar a natureza temporária e tendencialmente transitória das medidas de acompanhamento, que resulta da nova redação dos artigos 149.º e 155.º. Poderá certamente contestar-se a excessiva duração do prazo mínimo de cinco anos, constante da letra do artigo 155.º, conforme faz o Parecer do Mecanismo Nacional de Monitorização da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴⁷. Porém, e como assinala o Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público⁴⁸, difícil seria compatibilizar a natureza judiciária do processo com um prazo inferior.

5. Considerações finais

Sem pretensões de exaustividade ou repetição, será de sublinhar, a título de súmula, que a reforma legislativa constante da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto vem responder a uma necessidade, há muito exigida, de eliminação dos institutos da interdição e da inabilitação do ordenamento português e da sua substituição por um regime jurídico mais consonante com o modelo social de compreensão da deficiência e, sobretudo, com

⁴⁶ Sublinhando já anteriormente a importância desta participação do interessado na escolha do acompanhante, GERALDO ROCHA RIBEIRO, O sistema de protecção, p. 1162.

⁴⁷ MECANISMO NACIONAL DE MONITORIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *Parecer n.º 1/Me-CDPD/P/2018*, p. 12, pesquisável em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?ID=42175>.

⁴⁸ GRUPO DE TRABALHO DA ÁREA CÍVEL DO DEPARTAMENTO DE FORMAÇÃO, ESTUDOS E PARECERES DO SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer*, p. 43.

as exigências que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência impõe aos Estados que a ela aderem.

Ora, em matéria de capacidade jurídica, essas exigências assentam na consagração de um princípio de igualdade, cuja concretização pressupõe a transição de um modelo centrado na promoção do melhor interesse da pessoa com deficiência para um modelo centrado no respeito das suas vontades e preferências. Juridicamente, esta transição implica a progressão de um modelo de substituição assente numa declaração abstrata de incapacidade para modelos de acompanhamento, assentes em juízos casuísticos subordinados aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Estas linhas diretrizes encontram eco no novo regime jurídico do maior acompanhado, desde logo na nova redação do artigo 145.º, n.º 1 CC, que estatui que o acompanhamento se limita ao necessário, e na eliminação das incapacidades de gozo automáticas que se encontram associadas, atualmente, quer ao regime da interdição, quer ao regime da inabilitação.

Igualmente se reconhece a influência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na preocupação de conferir relevância à vontade do sujeito na conformação do regime a que será submetido, seja aquando do requerimento inicial, seja na decisão do tribunal quanto aos termos do acompanhamento, seja quanto à identidade do acompanhante.

Por fim, sublinhe-se também a preocupação legislativa em acentuar a natureza temporária e tendencialmente transitória das medidas de acompanhamento, consagrando-se um regime obrigatório de revisão judicial periódica das mesmas, na nova redação do artigo 155.º CC.

Daí que, não obstante algumas dúvidas interpretativas e discordâncias que a reforma possa suscitar⁴⁹, pareça ser de admitir que é notória a evolução legislativa no sentido da conformidade do regime jurídico português com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Contudo, a opção por um modelo estrito de regulamentação⁵⁰, com recurso muito frequente a normas de *ius aequum*⁵¹ carecidas de densificação a operar por ação da doutri-

⁴⁹ Sendo que o aspeto menos consensual parece residir na manutenção do modelo de substituição nos regimes da representação e da administração de bens (respetivamente, alíneas b) e c) do n.º 2, do artigo 145.º CC). — De forma muito crítica, por todos, MECANISMO NACIONAL DE MONITORIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *Parecer n.º 1/Me-CDPD/P/2018*, pp. 9 e 11 e GRUPO DE TRABALHO DA ÁREA CÍVEL DO DEPARTAMENTO DE FORMAÇÃO, ESTUDOS E PARECERES DO SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer*, pp. 40-41.

⁵⁰ Assim qualificado pelo próprio preâmbulo da Proposta de Lei n.º 110/XIII, qualificação já anteriormente feita no estudo de política legislativa ora publicado *in* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica*, p. 547.

⁵¹ Veja-se, por exemplo, a nova redação do artigo 138.º CC, cuja remissão para o comportamento do sujeito abre a porta às mais variadas interpretações. É no controlo destas interpretações, entendemos, que o princípio da proibição do excesso desempenhará o seu papel mais relevante nesta sede. Alertando para os perigos interpretativos que poderão decorrer da redação do artigo 138.º, por

na, e, sobretudo, da jurisprudência, torna precoce qualquer juízo sobre os termos em que a reforma irá influenciar e moldar a prática judiciária nacional em matéria de capacidade jurídica de maiores. Muito ficará a cargo dos tribunais, a quem caberá o verdadeiro papel de traduzir as potencialidades abertas pelo legislador em efetivos progressos de promoção da igualdade e autodeterminação das pessoas com deficiência em sede do exercício, em sentido amplo, da sua capacidade jurídica.

todos, MECANISMO NACIONAL DE MONITORIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, *Parecer n.º 1/Me-CDPD/P/2018*, p. 10; GRUPO DE TRABALHO DA ÁREA CÍVEL DO DEPARTAMENTO DE FORMAÇÃO, ESTUDOS E PARECERES DO SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *Parecer*, p. 36 e CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, *Relatório e parecer sobre o estatuto do maior acompanhado, n.º 100/CNE-CV/2017*, pp. 9-10, pesquisável em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?ID=42175>.

A TUTELA PATRIMONIAL DOS CIDADÃOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

THE PATRIMONIAL PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Marta Rosas *

RESUMO

A proteção da pessoa com deficiência tem sido preocupação crescente a nível nacional e além-fronteiras. Os regimes relativos à “incapacidade” de maiores têm sofrido alterações (o que agora se passa, também, no ordenamento jurídico português), o Direito internacional e europeu tem dado significativo impulso à mudança de mentalidade e, em alguns ordenamentos, afloram meios de proteção do património da pessoa mais vulnerável que passam pela autonomia privada e pela autoconformação. Com a presente intervenção pretende-se um vislumbre sobre o quadro atual vigente e as linhas mestras pelas quais pode pautar-se a procura de novos e melhorados mecanismos de proteção. A visão é jurídico-privada e, não esquecendo o enorme relevo que assumem os direitos pessoais nesta matéria, centrada numa gestão útil e igualitária do património.

PALAVRAS CHAVE — DEFICIÊNCIA, CAPACIDADE, AUTONOMIA, PROTEÇÃO DO PATRIMÓNIO

ABSTRACT

The protection of persons with disabilities has been a growing concern both at national and cross-border levels. The legal frame-works concerning “incapable” adults are changing (which now also happens in the Portuguese legal system), international and European law has given significant incentive to the transformation of mentality and legislative standard and some jurisdictions are developing means of patrimonial protection based on autonomy and self-regulation. With the present brief presentation, it is intended to give a glimpse on the current legal status and the main lines that might permit the reception of new and improved caring mechanisms. Not ignoring the great importance of personal rights in this matter, the present intervention is focused on a useful and equal patrimonial management and administration.

KEY WORDS — DISABILITY, CAPACITY, AUTONOMY, PATRIMONIAL PROTECTION

SUMÁRIO: *1. Introdução 2. Posição tradicional 3. Novas orientações 4. A proteção e a autonomia*

* mrosas@porto.ucp.pt. Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola do Porto; investigadora do CEID — *Católica Research Centre for the Future of Law*

1. Introdução

A nossa intervenção¹ move-se em torno da proteção da pessoa com deficiência numa vertente patrimonial. A visão assumida é, sobretudo, civilista (jurídico-privada), tendo como foco as várias formas através das quais o património pode ser posto ao serviço daquele que careça de maior amparo. É inelutável relacionar, em certos pontos, a deficiência, quando comporte uma dificuldade acrescida na efetivação da vontade, com o enquadramento do Código Civil, bem como com a proteção que este diploma dispensa aos casos de diminuição ou limitação da capacidade^{2/3}.

Tentaremos, em breves linhas, tecer algumas considerações sobre três aspetos: em primeiro lugar, a posição tradicional do nosso ordenamento jurídico no que se refere à proteção patrimonial da pessoa com deficiência; depois, as preocupações especiais que levanta (ou pode levantar) a tutela do património destas pessoas e um vislumbre sobre as novas orientações que abraçam esta temática (com referência, também, a instrumentos de Direito internacional); por fim, uma alusão às linhas mestras que, parece-nos, podem nortear a procura de novos e melhorados mecanismos de proteção.

¹ O presente texto — em jeito de ata — corresponde, grosso modo, à comunicação feita no âmbito do Seminário “Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência”, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 17 de abril. Compreende-se, assim, o caráter coloquial do texto, assim como a esparsa referência bibliográfica.

² Pretendemos aludir à situação daquele que enfrenta maiores dificuldades na concretização da sua vontade, *nas várias vertentes que esta assume*, fazendo a ponte entre a deficiência e o quadro protetor do Código Civil. A expressão “capacidade diminuída” era utilizada pelo Projeto de Lei 61/XIII, que visava alterar o Código Civil no regime das incapacidades e seu suprimento (entretanto rejeitado), sendo igualmente utilizada por Doutrina proeminente na matéria (cfr. PAULA TÁVORA VITOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008). Parece-nos acertada a opção do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) que vai no sentido de dividir as necessidades de “acompanhamento na execução, acompanhamento na comunicação ou acompanhamento na formação da vontade” (Parecer n.º 102/CNECV/2018, sobre a proposta de lei n.º 110/XII/3.ª, Relatores JORGE COSTA SANTOS e RITA LOBO XAVIER, disponível em <http://www.cnecv.pt/pareceres.php>, [consult. set. 2018], p. 3. O primeiro parecer do CNECV sobre esta matéria, Parecer n.º 100/CNECV/2018, mais desenvolvido e com os mesmos Relatores, pode ser consultado no mesmo endereço). A tónica da necessidade de proteção é mesmo, da nossa perspetiva, a vontade do sujeito vulnerável, que agora se pretende respeitar até ao máximo exequível. Se aquele consegue formar a sua vontade em consciência e se consegue manifestá-la, bastará, por hipótese, auxílio na sua execução.

³ Uma advertência há a fazer: entre a data da intervenção e a das presentes atas, foi publicada a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto (Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966 — Diário da República, 1.ª Série, n.º 156, de 2018-08-14, pp. 4072 — 4086; ELI: <http://data.dre.pt/eli/lei/49/2018/08/14/p/dre/pt/html>). Apesar de ainda não ter iniciado a sua vigência no momento em que se escrevem estas linhas (a *vacatio* é de 180 dias, pelo que a Lei entrará em vigor a 10-02-2019), impõe-se fazer-lhe algumas referências.

2. Posição tradicional

Apesar da alteração introduzida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto⁴, cumpre começar por aludir à posição “clássica” que o nosso Código Civil (ainda) assume, na matéria que ora nos ocupa. Aliás, um balanço daquilo que tem sido a estratégia de proteção do património da pessoa vulnerável permite não só uma comparação com a solução recentemente consagrada pela referida Lei, como, também, a identificação das necessidades que permanecem por acautelar.

Mesmo olhando para os regimes da interdição e da inabilitação⁵ (com fim próximo), é perceptível que o nosso Código Civil se preocupa, naturalmente, em proteger o património da pessoa que, pelas razões aí previstas, se mostre “incapaz de governar a sua pessoa e bens⁶” ou incapaz de “reger convenientemente o seu património”⁷. Não se justificando, naturalmente, alongar a exposição no que se refere ao regime das incapacidades, deve, porém, salientar-se que aquela preocupação se consubstancia, classicamente, em duas ideias fundamentais:

- i. por um lado, a premissa da inaptidão para a gestão e administração pelo próprio titular (com capacidade diminuída) do seu património, levando, as mais das vezes, à sua substituição nessa tarefa, a que acresce a proteção do “incapaz” por via da anulabilidade dos atos que pratique sem a devida representação ou assistência. Ou seja: por regra, o “incapaz” tem (à luz deste modelo pretérito) de ser substituído nos atos de gestão patrimonial; se atuar por si, o ato é neutralizado pela invalidade.
- ii. por outro lado, o desígnio que subjaz a todo o regime das incapacidades é o da mera manutenção de um património que se pretende que não diminua e que o incapaz não disperse, não sendo preocupação da lei que o mesmo possa aumentar. Uma ideia de simples preservação.

Temos, assim, um tutor ou administrador de bens que toma decisões no interesse do seu representado e que, de forma comedida e limitada, tem por missão preservar o que já existe.

3. Novas orientações

A questão que colocamos é se o cidadão com deficiência — bem como as pessoas, familiares ou não, que com ele se preocupam e que dele cuidam — vêm as suas inquietações totalmente apaziguadas num quadro normativo como o descrito e norteado pelas premissas em que o mesmo assenta. Não se trata, aqui, de pôr em causa a bondade das soluções legislativas que preveem a intervenção dos Tribunais (medidas judicialmente decretadas). Pretende-se, apenas, ponderar se, ao lado destas (ou em vez delas), não têm os sujeitos jurídicos necessidade de outro tipo de resposta.

⁴ Cfr. nota *supra*.

⁵ À data em que se escreve, ainda previstos nos artigos 138.º e seguintes.

⁶ Artigo 138.º, n.º1, *in fine*. O itálico é nosso.

⁷ Artigo 152.º, *in fine*.

Por exemplo, aquele a quem é diagnosticada, numa fase inicial, uma doença degenerativa, sabendo que a curto / médio prazo terá de enfrentar uma diminuição das suas faculdades físicas ou psíquicas, não tenderá a procurar mecanismos (jurídicos) que lhe permitam antecipar a organização do seu património de forma a acautelar as necessidades vindouras? O mesmo pode dizer-se, naturalmente, de todos aqueles que, na prática, rodeiam a pessoa vulnerável, prestando-lhe assistência. Por outro lado, os pais ou familiares que amparam a criança com deficiência preocupam-se com seu o futuro e autonomia.

Isto para dizer que a nomeação de um acompanhante (usando a nova terminologia) será em muitos casos essencial (também no que tange à gestão do património). Todavia, o que perguntamos é se não se justifica equacionar e desenvolver outras formas de proteção patrimonial⁸.

Feito este enquadramento de ordem prática, cumpre referir alguns aspetos que revelam o progressivo acolher de novas orientações em matéria de proteção do património da pessoa mais vulnerável.

Tomemos os trabalhos preparatórios da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, como ponto de partida desta análise. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei 110/XIII⁹ elege como “fundamentos finais” da alteração do regime das incapacidades, entre outros, os seguintes: i) “*primazia da autonomia da pessoa*, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível”; ii) “subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema *não possa ser ultrapassado com recurso aos* deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer *situação familiar*”¹⁰.

Por outro lado, a mesma Exposição do Motivos afirma ambicionar uma reforma “atenta, quer à experiência de ordens jurídicas culturalmente próximas da nossa, quer aos instrumentos internacionais vinculantes para a República Portuguesa, com relevo para a Convenção das Nações Unidas de 30 de março de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em Nova Iorque, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 7 de maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho”¹¹. Ora, a Convenção refere, no parágrafo 5.º do seu artigo 12.º, que “os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar a igualdade de direitos das pessoas com deficiência *em serem proprietárias e herdarem património*, a *controlarem os seus próprios assuntos financeiros* e a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e asseguram que as pessoas com deficiência não são, arbitrariamente, privadas do seu património”¹². O Comentário Geral sobre o artigo 12.º do Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2014)¹³ clarifica

⁸ Cfr. RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório e transmissão do património à margem do Direito das Sucessões*, Porto, Editora Universidade Católica, 2016, p. 128.

⁹ Proposta que deu origem à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, p. 3.

¹⁰ O itálico é nosso.

¹¹ P. 3 da Exposição do Motivos da Proposta de Lei.

¹² O itálico é nosso.

¹³ *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Eleventh session, 31 March–11 April 2014, General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law*, disponível, na versão

que o parágrafo ora transcrito deve ser interpretado no sentido de exigir aos Estados Partes a tomada de medidas (incluindo legislativas) que permitam substituir o modelo “clássico” que nega o acesso das pessoas com deficiência à propriedade por um novo modelo que permita um exercício apoiado da capacidade referente aos assuntos financeiros¹⁴.

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto¹⁵, veio concretizar a aguardada e há muito reivindicada¹⁶ alteração ao regime civilista das incapacidades. É o artigo 138.º (na nova redação) que responde à questão de saber quem pode ser acompanhado¹⁷. Seguindo, agora, um modelo monista, o preceito parece visar albergar todas as situações carecidas de amparo¹⁸. Sendo necessário adotar medidas judiciais protetoras, o acompanhamento “limita-se ao necessário” (n.º1 do artigo 145.º, nova redação) para assegurar o bem-estar, a recuperação, o pleno exercício de direitos e cumprimento de deveres do beneficiário (n.º1 do artigo 140.º, nova redação). No n.º2 deste mesmo preceito enumeram-se as medidas que o julgador pode reputar necessárias à prossecução daquele escopo: nas alíneas a), b) e c) surgem formas de substituição (representação), que desembocam nos regimes da tutela e da administração de bens; na alínea d), como na “anterior” assistência, prevê-se a necessidade de autorização prévia para a prática de determinados atos. Já a alínea e) do preceito remata o leque de medidas que o tribunal pode cometer ao acompanhante com uma cláusula aberta. Aí se refere: “intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas”.

Impõe-se, pois, alguma atualização a propósito da posição clássica do nosso direito civil, antes referida. Desde logo, o novo regime parece rejeitar a premissa de que a pessoa

inglesa, em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>.

¹⁴ “Article 12, paragraph 5, requires States parties to take measures, including legislative, administrative, judicial and other practical measures, to ensure the rights of persons with disabilities with respect to financial and economic affairs, on an equal basis with others. Access to finance and property has traditionally been denied to persons with disabilities based on the medical model of disability. That approach of denying persons with disabilities legal capacity for financial matters must be replaced with support to exercise legal capacity, in accordance with article 12, paragraph 3.” (pp. 5 e 6 do Comentário).

¹⁵ É importante olhar a reforma pelo óculo do Estudo de Política Legislativa que a norteou. O mesmo não consta do sítio da parlamento que elenca os detalhes da iniciativa legislativa Proposta de Lei 110/XIII, mas pode, desde logo, ser consultado em http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/Estudo_Menezes-CordeiroPinto-MonteiroMTS.pdf (consult. em set. 2018). A “focagem” fornecida pelo Estudo é útil para uma compreensão do pensamento legislativo.

¹⁶ Não podemos deixar de referir, por todos, e pela precedência, o estudo de RAUL GUICHARD ALVES “Alguns aspetos do instituto da interdição”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Direito e Justiça, Lisboa, Vol. 9, Tomo 2, 1995, pp. 131-168.

¹⁷ “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código.”

¹⁸ Não é esta a sede própria para tecer considerações sobre o âmbito de aplicação do novo regime, já que extravasa o tema da comunicação. Diga-se, apenas, que continua, no corpo do novo preceito, a falar-se em “impossibilidade” (e não diminuição da possibilidade ou dificuldade acrescida) e em “exercício” (de direitos, a par do cumprimento de deveres). Por outro lado, o artigo 143.º refere que “O acompanhante, maior e no pleno exercício dos seus direitos, é escolhido...”.

com deficiência ou especialmente vulnerável não está apta a reger a sua esfera de interesses patrimoniais. Essa aptidão deve ser avaliada caso e a caso, sendo o papel da Jurisprudência verdadeiramente enformador das novas diretrizes, no que toca à efetivação futura do novo regime. Só onde não seja possível uma gestão autónoma (pelo próprio) dos bens que integram o património devem ser adotadas medidas que visem acompanhar essa gestão. Para os casos limite (que, infelizmente, sempre os haverá) de dificuldade limitadora da formação e execução da vontade, mantêm-se disponíveis medidas substitutivas¹⁹.

Há que notar, ainda, que a consequência da invalidade dos atos praticados pelo acompanhado se mantém. A conclusão resulta do artigo 154.º (nova redação), que “sintetiza e atualiza o disposto nos atuais artigos 148.º, 149.º e 150.º do Código Civil, com adaptações. O preceito só tem aplicação — logicamente — quando a medida, pela sua natureza e a ser inobservada, deva acarretar a invalidade do ato”²⁰.

O artigo 140.º (nova redação) consagra a “supletividade” (*subsidiariedade*) da medida de acompanhamento. Prevê-se no n.º 2 do preceito que “A medida não tem lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam”. Por outro lado, a previsão expressa do mandato com vista ao acompanhamento (artigo 156.º) é também reveladora da preocupação crescente com a esfera de autodeterminação da pessoa (neste caso, do maior que prevê uma “eventual necessidade de acompanhamento”).

Parece-nos que é possível concluir que - ao menos no plano dos princípios - há abertura do ordenamento nacional para soluções que promovam a autonomia, com iniciativa do próprio sujeito carecido de proteção ou dos seus familiares, reconhecendo-se o papel autorregulador das famílias e a sua capacidade para dar resposta às necessidades especiais do membro mais vulnerável²¹.

No que se refere às soluções que têm vindo a ser adotadas além-fronteiras, nos ordenamentos vizinhos e culturalmente afins ao nosso, constata-se que as inovações não têm ficado, apenas, pela alteração do regime das incapacidades. Na verdade, é possível apontar alguns instrumentos jurídico-privados que, não substituindo as medidas judi-

¹⁹ Não pode deixar de referir-se que o novo regime se preocupa, particularmente, em salvaguardar o exercício pleno dos atos pessoais, dispondo, no artigo 147.º (nova redação) que o “exercício pelo acompanhado de direitos pessoais” é, por regra, livre (n.º1). Estão em causa os direitos “de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar” (n.º2). Fala o preceito, também, de negócios da vida corrente. Estes sempre estiveram salvaguardados pela aplicação do artigo 127.º aos casos de interdição e de inabilitação. Porém, o que ora os ocupa, é a perspetiva adotada quanto aos atos de gestão do património.

²⁰ Estudo de Política Legislativa referido *supra*, p. 128.

²¹ É, ainda, de sublinhar que o antecedente Projeto de Lei 61/XIII, que também visava alterar o Código Civil no regime das incapacidades e seu suprimento, mas que acabou por ser rejeitado (em Julho de 2016), previa expressamente, como princípio orientador, a “preservação patrimonial”: as medidas de natureza patrimonial deveriam acautelar a preservação e frutificação normal do património da pessoa protegida, em especial a casa de morada de família e o respetivo recheio. Esse princípio não vem agora enunciado (aliás, a nova Lei não optou pela enunciação de princípios).

cialmente decretadas (ora logram evitá-las, ora surgem a completá-las), põem nas mãos dos particulares ferramentas que lhes permitam — com autonomia — organizar a gestão do seu património com um escopo específico: o interesse da pessoa com deficiência / capacidade diminuída. Nalguns casos, estão em causa formas de autotutela²² que passam pela designação antecipada de quem deve, em caso de necessidade, assumir a função de “tutor”. O mandato “preventivo” é, também, uma ferramenta essencial²³. Por outro lado, alguns países desenharam e consagraram modelos de património (mais ou menos) separado ou especialmente protegido, nascidos de negócios jurídicos privados e alimentados por bens da titularidade do próprio “incapaz”, da sua família ou de terceiros, para serem administrados com o único desígnio de prover às necessidades da pessoa com capacidade diminuída. Trata-se de alocar determinados bens ou direitos à prossecução daquela finalidade específica, gerindo-os e administrando-os de forma a que frutifiquem e garantam uma estabilidade económica futura. Para ilustrar, refiram-se o *patrimonio protegido de las personas con discapacidad* (espanhol) e os *atti di destinazione (destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità)*, assim como o trust²⁴ interno italianos.

4. A proteção e a autonomia

De tudo quanto se disse, parece oportuno equacionar o fomento de mecanismos (jurídicos) de proteção patrimonial da pessoa com deficiência assentes na autonomia privada (normas facultativas), que dotem os particulares de soluções eficazes e “feitas à medida”,

²² Sobre a autotutela e outras “alternativas à tutela e à curatela” “a considerar no nosso ordenamento jurídico”, ver PAULA TÁVORA VITOR, *A Administração do Património*, *op. cit.*, pp. 165 e ss.

²³ Sobre o mandato *post mortem* (“...em que o mandatário assume a obrigação de realizar uma atribuição patrimonial a favor de terceiro, em nome e por conta do mandante, mas a ser executada depois da morte deste.”), cfr. RITA LOBO XAVIER, *Planeamento sucessório*, *op. cit.*, p. 128. Sobre o mandato permanente, e apresentando uma proposta de regulamentação, PAULA TÁVORA VITOR, *A Administração do Património*, *op. cit.*, pp. 229 e ss..

²⁴ É de assinalar a referência direta ao *trust* feita no Parecer do Conselho Superior de Magistratura à Proposta de Lei 110/XIII, de março de 2018, disponível em <http://app.parlamento.pt> (pp. 19-20). Aí se refere: “Excluída permanece a adaptação do modelo anglo-saxónico do *spendthrift trust*, do direito norte-americano ou do *protective trust*, do direito inglês, baseados na constituição de um *trust* sobre os bens do incapaz e, talvez, mais adaptado à gestão de um portfolio de valores mobiliários. A esse respeito, veja-se o estudo de Maria João Romão Vaz Tomé, Sobre a gestão de portfolios de valores mobiliários de incapazes de exercício, in *Direito e Justiça*, 2º dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa, pg. 313 — 322 bem como Paula Távora Vitor, *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*, pg. 262 e segs..”. Para além das obras ali mencionadas, para uma caracterização geral do *trust* e alguns obstáculos que o mesmo pode encontrar no direito sucessório português, cfr. RITA LOBO XAVIER, *Sucessão familiar na empresa*, Porto, Editora Universidade Católica, 2017, pp. 59-60. Sobre a figura, desenvolvidamente, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2014, e MARIA JOÃO TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A propriedade fiduciária (Trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1999.

possibilitando e favorecendo a constituição, incremento e gestão útil do património²⁵. O que pode conseguir-se inclusive *ao lado* de uma medida de acompanhamento (usando a nova terminologia) e em respeito pleno pelos princípios que norteiam a reforma recente do nosso Código Civil, nesta matéria.

Alguns instrumentos jurídicos já existentes entre nós podem ser equacionados. Pensamos em soluções como os clássicos contratos de renda (vitalícia ou perpétua) previstos do Código Civil²⁶, figuras de direito dos seguros e afins (sendo, talvez, ao ramo segurador que os sujeitos jurídicos mais recorrem para acautelar o futuro “vulnerável”), o contrato a favor de terceiro²⁷, o progressivamente reconhecido negócio fiduciário ou, até, a constituição de uma fundação que, respeitando a legislação vigente, permitisse garantir a satisfação das necessidades económicas de pessoas com capacidade diminuída.

As figuras aludidas não foram diretamente pensadas para o que nos ocupa. Não foram desenhadas para proteger a pessoa com deficiência. E isso faz com que, num plano prático, nem sempre se ajustem integralmente às pretensões dos particulares.

Parece-nos oportuno, assim, equacionar soluções de direito privado que permitam responder às aludidas pretensões, fazendo a ponte entre a necessária proteção que muitos casos reclamam e a autonomia da pessoa, numa vertente patrimonial.

²⁵ Sobre a agilidade necessária, cfr. MARIA JOÃO TOMÉ, Sobre a gestão de portfolios de valores mobiliários de incapazes de exercício, *Direito e Justiça*, Ano XII - Tomo 1, Universidade Católica Portuguesa, 1998, 313-322.

²⁶ O artigo 1231.º do Código Civil descreve o contrato de renda perpétua como aquele em que uma pessoa aliena em favor de outra certa soma de dinheiro, ou qualquer outra coisa móvel ou imóvel, ou um direito, e a segunda se obriga, sem limite de tempo, a pagar, como renda, determinada quantia em dinheiro ou outra coisa fungível. Já a renda vitalícia é o contrato “em que uma pessoa aliena em favor de outra certa soma de dinheiro, ou qualquer outra coisa móvel ou imóvel, ou um direito, e a segunda se obriga a pagar certa quantia em dinheiro ou outra coisa fungível durante a vida do alienante ou de terceiro” (artigo 1238.º do Código Civil), parecendo ainda mais apta a servir um escopo previdencial. São contratos típicos, onerosos e de prestação duradoura periódica, que visam assegurar a alguém o recebimento constante e cíclico de uma soma em dinheiro (cfr. LUÍS MANUEL MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações — Volume III — contratos em especial*, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 505-506. Ver, também sugerindo a figura da renda vitalícia, JUAN BOLAS ALFONSO, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, 2005, pp. 119-129, p. 126.

²⁷ Sobre os negócios com a finalidade de prover ao sustento de terceiro ou de regular a administração de bens atribuídos, referindo os “contratos de assistência”, RITA LOBO XAVIER, *Planeamento Sucessório*, *op. cit.*, p. 127. Especificamente sobre o contrato de seguro, a Autora adverte para a importância de analisar as possibilidades oferecidas por este tipo de contrato em casos de “filhos com necessidades especiais”, concretamente, no âmbito do planeamento sucessório (pp. 152-153).

OS NOVOS REGIMES DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM CAPACIDADE DIMINUÍDA

THE NEW PROTECTION REGIMES OF PERSONS WITH DIMINISHED CAPACITY

Paula Távora Vítor *

RESUMO

Há várias décadas que se tem vindo a desenhar um novo paradigma jurídico da condição das pessoas maiores com capacidade diminuída, Esse novo paradigma, moldado em grande parte pelos instrumentos internacionais mais relevantes na área e iluminado pela consideração dos direitos fundamentais, pode reunir-se numa série de linhas, que lhe impõe uma forma flexível e que permitem integrar e interpretar as normas dos concretos regimes por referência aos princípios que expressam. Neste trabalho, procurámos individualizar estas linhas e encetar um primeiro diálogo com o novo regime do adultos acompanhado.

Palavras chave — Capacidade, autonomia, igualdade, reforma legislativa

ABSTRACT

During the last decades, a new paradigm regarding the legal condition of adults with diminished capacity has been shaped. Its main references are international instruments as well as a new understanding of fundamental rights. There are a few lines that can be identified and that shape it. These lines shed their light on the particular regimes of safeguard of people with diminished capacity, namely on the new regime of custodianship in order to create a coherent systematic approach towards it.

KEY WORDS — Capacity, autonomy, equality, legal reform

SUMÁRIO: 1. *Introdução* 2. *Fundamentos de um novo paradigma* 3. *Linhas gerais do novo paradigma de salvaguarda de pessoas maiores* 3.1. *Centralidade do interesse da pessoa beneficiária* 3.2. *Novo entendimento da capacidade* 3.3. *Subsidiariedade da intervenção* 3.4. *Igualdade* 3.5. *Proporcionalidade* 3.6. *Autodeterminação* 4. *Nótula conclusiva*

1. Introdução

Tradicionalmente a situação das pessoas com capacidade diminuída foi tratada a partir de uma perspetiva de proteção. A diminuição da capacidade de querer e entender criaria uma situação de desfavor pessoal convertido em *desfavor jurídico* e a resposta que os sistemas jurídicos pretendiam fornecer orientava-se para um confinamento, uma

* paulavit@fd.uc.pt, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Centro de Direito da Família.

tendencial paralisação do seu agir jurídico, que pretendia resguardá-la da sua própria atuação nociva. O manto benemérito desta proteção — potenciada pela intervenção de verdadeiros *guardadores* — parecia ser aquele a que, em função da sua vulnerabilidade — os sujeitos envolvidos poderiam aspirar. Daí que a comunicação que se converteu neste texto tenha sido intitulada “Os *novos* regimes de *proteção* das pessoas com capacidade diminuída”. Este é um título que pretende apenas ser um ponto de partida. Na verdade, é somente na sua desconstrução que se pode encontrar o que aqui trazemos¹. De facto, invocam-se “regimes de proteção”, quando o nosso percurso nos vai conduzir a uma valorização da autonomia; menciona-se a “diminuição da capacidade”, num momento em que se almeja a valorização da capacidade existente.

Ocupar-nos-emos daquilo que se exige dos regimes substantivos que pretendem responder a estas situações ... daí a indeterminação que é dada pelo “plural” (regimeS), mas tendo já em mente o fruto do labor legislativo parlamentar, o demonimado regime do “maior acompanhado”², prestes a produzir efeitos no nosso ordenamento jurídico, uma vez que tal regime terá de ser lido à luz das exigências de um *novo* paradigma de salvaguarda das pessoas maiores com capacidade diminuída.

2. Fundamentos de um novo paradigma

O travejamento do novo paradigma é-nos dado por exigências de natureza jurídica, mas, antes de mais, é convocado por uma série de dados extra-jurídicos. Esta realidade com que nos confrontamos atualmente assume uma feição bem diversa daquela que servia de pano de fundo aos regimes tradicionais que, em virtude das suas limitações, não puderam responder ao seu apelo.

De facto, os cinquenta anos passados desde a aprovação do Código Civil e do respetivo regime de incapacidades foram palco de relevantes modificações no contexto social, económico e médico das incapacidades das pessoas maiores. Tais modificações, que não são privativas do espaço português, mas que se inserem num contexto global, reclamam novas soluções jurídicas. Esta urgência foi sentida, aliás, desde há várias décadas, pelos ordenamentos mais próximos do nosso espaço jurídico e determinou um movimento in-

¹ O presente texto reflete em boa parte as conclusões do estudo realizado com Geraldo Rocha Ribeiro, no âmbito da linha de investigação do Centro de Direito da Família sobre a condição jurídica das pessoas com capacidade diminuída e que se verteu nas propostas de alteração legislativa do seu regime jurídico que podem ser consultadas em <http://www.centrodedireitodafamilia.org/relat%C3%B3rios/2017/%E2%80%9Cproposta-de-lei-sobre-condi%C3%A7%C3%A3o-jur%C3%ADdica-das-pessoas-maiores-em-situa%C3%A7%C3%A3o-de>.

² À data da realização do “Seminário: Autonomia e capacitação: os desafios dos cidadãos portadores de deficiência”, dia 17 de abril de 2018, o diploma que criou o regime do maior acompanhado ainda não tinha sido objeto de publicação em Diário da República. Tal veio a acontecer no dia 14 de agosto, sob a forma da Lei n.º 49/2018 (<http://data.dre.pt/eli/lei/49/2018/08/14/p/dre/pt/html>), em função da qual atualizámos as referências à Proposta de Lei n.º 110/XIII, acessível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42175>, contemporânea do encontro científico. Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

ternacional de reforma no sentido da supressão das incapacidades tradicionais³. De facto, nestes contextos, como no nacional, a demografia passou a ter como nota dominante o envelhecimento da população⁴, que provocou o aumento dos grupos etários em que é mais comum o surgimento de doenças neurodegenerativas e as limitações à capacidade a estas associadas. Concomitantemente, assistiu-se a progressos significativos de natureza científica, que se sagraram numa compreensão diversa da saúde mental e da deficiência, também enquanto condições sociais, e que, com o concurso dos progressos da medicação, conduziram a nova leitura destes fenómenos, aberta à valorização dos espaços de capacidade e autonomia e à inclusão comunitária, bem como à ideia de reversibilidade do estatuto da pessoa com capacidade diminuída⁵. Por fim, os valores sociais que presidem à resposta jurídica à condição das pessoas maiores com capacidade diminuída alteraram-se, acompanhando o percurso da teoria dos direitos fundamentais.

Paralelamente, ao nível jurídico, novas exigências vieram perfilar-se, quer no plano interno, quer no plano do direito internacional recebido. Neste âmbito, a referência mais marcante do ponto de vista material encontra-se na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante CDPD) de 2006, aprovada⁶ e ratificada, em 2009, juntamente com o seu Protocolo Adicional, pelo Estado Português⁷, que não formulou qualquer reserva.

O artigo 12.º da CDPD, em particular, põe em causa os esquemas tradicionais de resposta à “incapacidade”. No seu n.º 4 desta disposição, lê-se que os Estados devem assegurar medidas que forneçam “as garantias apropriadas e efectivas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos”, entre as quais se inclui a garantia de que tais medidas “são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa”. Consagra-se, deste modo, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁸,

³ A primeira das reformas da segunda metade do século XX terá sido a francesa, que introduziu a figura da *sauvegarde de justice* (Lei de 3 de janeiro de 1968). Mas podemos também mencionar, a título de exemplo, a introdução da *Sachwalterschaft* no contexto austríaco (Reforma de 2 de fevereiro de 1983), a Lei belga de 18 de julho de 1991 que criou o “administrador provisório”, a introdução da *Betreuung* no ordenamento jurídico alemão (Lei de 12 de Setembro de 1990) ou a italiana *amministrazione di sostegno*, produto da Lei n.º 6 de 9 de janeiro de 2004, diplomas que sofreram entretanto mais desenvolvimentos. Em datas mais recentes, podemos apontar ainda a reforma da lei suíça, entrada em vigor em 2013 ou o novo diploma irlandês de 2015 (*Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015*).

⁴ Os dados de 2017 apontam-nos para um índice de envelhecimento em Portugal de 153,2, acessível em <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento-526>

⁵ ANTONELLO BELLOMO; DOMENICO SUMA, La tutela civile del disabile psichiatrico: attualità e prospettive, in *Aspetti dell'agire psichiatrico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 59.

⁶ Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, <http://data.dre.pt/eli/resolassrep/56/2009/07/30/p/dre/pt/html>

⁷ Resolução da Assembleia da República n.º 57/2009, acessível em <http://data.dre.pt/eli/resolasrep/57/2009/07/30/p/dre/pt/html>

⁸ PAULA TÁVORA VÍTOR, Capacidade e incapacidades — respostas do ordenamento jurídico português e o artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, *Revista “Sociedade e Trabalho”*, Ministério do Trabalho e da Segurança Social, Lisboa, 2010, p. 43.

nas suas várias dimensões (necessidade, adequação e proporcionalidade), como princípio dirigente na conformação de instrumentos que se relacionem com o “exercício da capacidade jurídica” — no momento da sua previsão legal, aquando da sua instauração e, em particular, na determinação dos seus limites temporais (impondo não só a sua duração mínima, mas também a sua sujeição a controlo periódico por uma entidade que forneça as garantias adequadas nessa avaliação).

Ora, o regime consagrado na versão original do Código Civil, e que só foi afastado pelas recentes alterações legislativas, um regime fundado nos esquemas dicotómicos (mais ou menos rígidos) da interdição/inabilitação e da tutela/curatela⁹, não oferecia as possibilidades de adaptação que a proporcionalidade exige. Daí que o Comité dos Direitos das Pessoas com Deficiência, no Relatório de 20 de Maio de 2016, tivesse vindo recomendar a reforma do sistema jurídico português de incapacidades com vista à inclusão das pessoas com deficiência e à garantia dos seus direitos através da revogação destes institutos¹⁰.

Do n.º 2 do artigo 12.º da CDPD resulta também a eleição do princípio da igualdade como pilar do novo paradigma. Este artigo consagra a garantia de não discriminação das pessoas com deficiência e o consequente reconhecimento de igualdade quanto à capacidade jurídica. Daqui se extraem duas relevantes consequências: (i) a verificação de uma situação de deficiência não pode ser bastante para sustentar a instauração de uma medida de apoio; (ii) os regimes jurídicos de resposta a esta condição não podem assentar nem na incapacidade jurídica geral, nem modelos de substituição.

Ainda no plano do Direito Internacional, há que conceder destaque às Recomendações do Conselho da Europa. Desde logo, à Recomendação n.º R(99)4 do Conselho da Europa¹¹, relativa aos Princípios Respeitantes à Protecção Jurídica dos Maiores Incapazes, documento seminal na reunião dos princípios que presidem ao novo paradigma, que elege os princípios da necessidade e da subsidiariedade (Princípio 5), determinando que uma “medida de protecção” só deve ser adoptada quando necessária e que, quando tal

⁹ Sobre o regime original do Código Civil, ver entre outros RAÚL GUICHARD ALVES, Alguns aspectos do instituto da interdição, *Direito e Justiça*, vol. IX, Tomo 2, 1995, bem a análise crítica, entre outros, no nosso PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 37 ss., e em GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, em particular pp. 85 ss, 123 ss., 196 ss e 215 ss., JORGE DUARTE PINHEIRO, As pessoas com deficiência como sujeitos, de direitos e deveres. Incapacidades, e suprimimento — a visão do Jurista, *Revista O DIREITO*, ano 142.º — III, p. 474 e ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, Críticas ao regime da capacidade de exercício da pessoa com deficiência mental ou intelectual — a nova conceção da pessoa com deficiência, *Revista do Ministério Público*, Ano 35, N.º 140, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, outubro/dezembro 2014, p. 91 ss.

¹⁰ *Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Portugal* (20 de maio de 2016, adotada pelo Comité na sua décima quinta sessão (29 de março -21 de abril de 2016), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/PRT/CO/1&Lang=en

¹¹ Ver CONSEIL DE L'EUROPE (Conselho da Europa), Principes concernant la protection juridique des majeurs incapables — Recommandation n. R (99) 4 et exposé des motifs, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, juillet, 199, disponível em <https://rm.coe.int/16805e3038>

aconteça, se opte pelo “mecanismo menos formal”, bem como o princípio da flexibilidade na resposta jurídica, segundo o qual só se justificar defender a “solução menos restritiva” e a “reacção perfeitamente adaptada às necessidades da situação” quando os sistemas jurídicos disponibilizam um largo leque de soluções jurídicas adequadas a diferentes situações¹². Uma década volvida, estas ideias foram retomadas, embora com alcance circunscrito aos cuidados de saúde, pela Recomendação CM/Rec (2009)11 (Princípios relativos às procurações permanentes e directivas antecipadas em previsão da incapacidade)¹³ na qual o Conselho da Europa recomenda aos Estados-membros que introduzam ou atualizem legislação sobre procuradores permanentes e diretivas antecipadas, no sentido de se promoverem também aqueles princípios. Esta recomendação foi seguida pelo Estado Português que, em 2012, legislou sobre diretivas antecipadas de vontade nas modalidades de testamento vital e procurador de cuidados de saúde¹⁴.

Ao nível do direito interno, a primeira referência dos regimes de salvaguarda de pessoas maiores tem de se encontrar na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), nos seus ditames relativos aos direitos fundamentais¹⁵ e, em particular, no papel estruturante que o princípio da igualdade (artigo 13.º, da CRP), nas suas dimensões de proibição do arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de diferenciação assume.

A condição das pessoas com capacidade diminuída tem de partir da consideração dos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e à capacidade civil, dos quais resulta o dever de respeitar o projeto de vida da pessoa protegida fruto da sua autodeterminação e a sua realização. A restrição destes direitos, que integram o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, está também sujeita ao regime específico do artigo 18.º da CRP, e, portanto, só poderá ser levada a cabo nos “casos e termos previstos na lei” (artigo 26.º, n.º 4, da CRP), respeitando o princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade em sentido amplo. Assim, qualquer restrição à capacidade só pode ser

¹² Cf. o nosso PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 29 ss, que analisa à luz da Doutrina da Alternativa Menos Restritiva.

¹³ *Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity (Recommendation CM/Rec(2009)11 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009 and explanatory memorandum)*. Council of Europe Publishing, ISBN 978-92-871-68290, disponível em <https://rm.coe.int/168070965f>

¹⁴ Cf. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, <http://data.dre.pt/eli/lei/25/2012/07/16/p/dre/pt/html>. Estas figuras eram, aliás, já reclamadas e analisadas no ordenamento jurídico português antes da consagração legislativa. Ver, entre outros, JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? — considerações em torno do estado vegetativo crónico*, *Cadernos de Bioética*, n.º 8, p. 41, e ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico Paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 250 ss., PAULA TÁVORA VÍTOR, *Procurador para Cuidados de Saúde — importância de um novo decisor*, *Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, Ano 1, 2005, p. 123-125 e VERA LÚCIA RAPOSO, *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*, *Revista do Ministério Público*, n.º 125, Janeiro/Março de 2011, p. 176 e PAULA TÁVORA VÍTOR, *O apelo de Ulisses — o novo regime do Procurador de Cuidados de Saúde na lei portuguesa*, *Revista Julgar*, 2014.

¹⁵ Ver, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Ed., vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 388 ss.

feita *se e na medida* em que se destine a proteger e a promover os interesses da pessoa que assiste à restrição dos seus direitos.



3. Linhas gerais do novo paradigma de salvaguarda de pessoas maiores

3.1. Centralidade do interesse da pessoa beneficiária

A pedra angular dos atuais regimes de salvaguarda de pessoas maiores terá de ser encontrada necessariamente na figura do seu beneficiário, entendido como verdadeiro *sujeito ativo* da relação jurídica de cuidado, titular de direitos oponíveis ao Estado e também aos próprios cuidadores, independentemente das vestes que assumam do ponto de vista jurídico. Esta vinculação gera deveres, de respeito pela vida privada e familiar da pessoa, como aliás, resulta claro do direito internacional recebido¹⁹. O novo regime do maior acompanhado pretendeu demonstrar a sua adesão a esta exigência através da fórmula “primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais”, identificada na exposição de motivos da proposta como um dos objetivos da alteração legislativa²⁰.



¹⁷ Esta época foi inaugurada parlamentarmente pelo Projeto de Lei n.º 61/XIII/1.º, de dezembro de 2015, apresentado pelos grupos parlamentares do PSD e do CDS-PP e posteriormente consolidada com a Proposta de Lei n.º 110/XIII, de iniciativa governamental e que veio desembocar na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

¹⁸ Doravante, os artigos do Código Civil (CC) a que se fará referência terão já em conta a redação dada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

¹⁹ Cf. artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, artigo 7.º da Carta de Direitos Fundamentais http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf, artigo 26.º da Constituição e artigo 80.º do Código Civil.

²⁰ Cf. Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

A centralidade da figura do beneficiário implica igualmente o respeito pelo exercício da sua *autodeterminação* na gestão da sua esfera de interesses, como, aliás, decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º n.º 1, da CRP). Esta marcante exigência não foi estranha à enunciação dos objetivos do novo regime do “maior acompanhado”²¹, que, na mencionada exposição de motivos da proposta se refere à “primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada e aproveitada até ao limite do possível”, uma proclamação que, poderá desempenhar um papel relevante na interpretação dos preceitos do regime, como teremos oportunidade de demonstrar.

Antes, todavia, de fazer funcionar esta centralidade, haverá que determinar quem é o *sujeito* que aqui se posiciona, ou seja, aquele a quem o novo paradigma se dirige. Ora, os beneficiários do apoio deverão ser todas aquelas cuja *limitação ou alteração das faculdades mentais* conduza a uma *diminuição da aptidão para governar* a sua esfera de interesses, ou seja, numa linguagem com uma coloração mais tradicional, a sua pessoa e/ou os seus bens²². Devem excluir-se, assim, como fundamento para convocar medidas de apoio aquelas situações em que os sujeitos apresentam dificuldades em concretizar a sua vontade em virtude de limitações ou alterações de natureza física. Nestes casos, estamos perante obstáculos à exteriorização ou execução da vontade e não perante uma falha na aptidão para a formar. Ora, apesar de existirem situações em que uma plena participação no mundo jurídico depende de ser concedido algum tipo de apoio no sentido de executar a vontade, o enquadramento jurídico destes casos é diverso. As limitações à exteriorização ou execução da vontade podem já receber resposta no âmbito do instituto da representação voluntária. E poderão mesmo ser pensados outros mecanismos, nomeadamente de carácter social. Não se justifica, todavia, que se introduzam intromissões no processo decisório propriamente dito, sem que tal seja querido pelo seu sujeito.

Assim, pressupostos como os que figuravam no regime da interdição e da inabilitação — da surdez-mudez e da cegueira, mas também da prodigalidade e do uso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes²³ — são inaceitáveis face ao novo paradigma. Desde há muito que a doutrina reclama a eliminação destes pressupostos, imperativo que se torna evidente com a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas (CPDP).

No regime do maior acompanhado, redação do artigo que delimita o seu âmbito subjetivo abandonou as fórmulas anteriores; a pessoa que se pode sujeitar à medida de acompanhamento será “[o] maior impossibilitado, por razões de saúde ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código” (artigo 138.º do Código Civil — doravante CC).

Esta disposição deve convocar a maior atenção, uma vez que se socorre de conceitos de conteúdo não só indefinido, mas particularmente amplo, que corre o risco de abarcar

²¹ Cf. Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

²² Importa, aqui incluir, ao contrário do que era exigido pela doutrina tradicional, tanto a perturbações de carácter *duradouro*, como alterações meramente *temporárias*. Quanto às características que a anomalia psíquica devia revestir nos regimes da interdição e da inabilitação, v. RAÚL GUICHARD ALVES, *Alguns aspectos*, p. 154 ss..

²³ Artigo 152.º da versão original do CC.

realidades que devem ser estranhas a figuras da índole do acompanhamento. Na verdade, o sistema deveria estar apenas centrado na potenciação da possibilidade de participar ativamente no mundo jurídico por parte de quem enfrenta barreiras para tal ao nível da formação da sua vontade. Ora, a introdução de referências a “razões de saúde”, dá-nos uma tónica clínica que a determinação destes conceitos insiste em abandonar e a menção de “razões de comportamento” apresenta reminiscências de uma indesejável normatização social do agir pessoal²⁴.

O âmbito subjetivo de salvaguarda de interesses da pessoa maior deve estabelecer-se em função de um critério jurídico, como aliás há muito é reconhecido²⁵, que não pretende identificar-se com nenhuma categoria de natureza clínica. Esta é uma opção que se encontra em conformidade com o reconhecimento da dificuldade inerente à definição de incapacidade ou de deficiência, enquanto conceito em evolução como determina a Convenção das Nações Unidas²⁶.

Mas para além das condições inerentes ao sujeito que são individualizadas (“saúde” ou “comportamento”), há que atentar igualmente o *plus* que é exigido. Este tem um carácter funcional — a impossibilidade de o beneficiário de acompanhamento “exercer plena, pessoal e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres” — como no regime antigo tinha um carácter funcional a demonstração da incapacidade “governar suas pessoas e bens”. Não podemos deixar de notar, todavia, que a formulação é bem mais aberta. Não está em causa apenas uma gestão capaz da sua esfera pessoal, mas o exercício de direitos e deveres, cujo âmbito não é delimitado e que pode,

²⁴ Também há que olhar com cautela para qualquer associação de uma diminuição de capacidade à idade mais avançada, uma associação com algum vigor no discurso político (veja-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2015, de 25 de agosto, <http://data.dre.pt/eli/resol-consmin/63/2015/08/25/p/dre/pt/html>) e que já foi tentada noutros ordenamentos jurídicos sem sucesso (pense-se no caso da *amministrazione di sostegno* italiana que previa inicialmente, no “projeto Cendon” de 1988, este fator convocador da medida, o que suscitou perplexidades em vários autores. Ver, por todos, EMILIO VITO NAPOLI, Una terza forma d’incapacità di agire, in *Giustizia Civile*, vol. LII, Settembre, 2002, p. 380.). Na verdade, as referências à idade avançada introduzem o perigo de discriminação em função deste novo fator (*ageism*) o novo regime do maior acompanhado não insistiu e bem. Há vozes na nossa doutrina a defender a categorização em função da idade avançada, no sentido de criar um Estatuto ou Lei do Idoso, solução que já repudiámos, em PAULA TÁVORA VÍTOR, O dever familiar de cuidar dos mais velhos, *Lex Familiae* — Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5, n.º 10, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 48, nota 55. Veja-se na defesa daquela outra posição, por exemplo, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL, 2017, ou ADRIANA GOMES NEVES *et al.*, Análise crítica dos regimes de incapacidades de adultos em Portugal e Espanha, in *Autonomia e heteronomia no direito da família e no direito das sucessões*, coord. Helena Mota, Maria Raquel Guimarães, Coimbra, Almedina, 2016, p. 28.

²⁵ Veja-se logo, ainda na vigência do Código de Seabra, V. A. FERRER CORREIA; EDUARDO CORREIA, Fundamento da interdição por demência, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 86.º, n.s. 3016, 3017, 3018, 3019, 3020, Coimbra, 1954, p. 309 e J. DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1958, p. 126.

²⁶ Cf. Preâmbulo, considerando e): “Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others”.

portanto, alargar ainda mais o universo dos sujeitos beneficiários de acompanhamento de uma forma que não resulta imediatamente perceptível.

3.2. *Novo entendimento da capacidade*

A centralidade do beneficiário dos regimes de salvaguarda e a sua assunção como verdadeiro centro de imputação de relações jurídicas, pleno sujeito de direitos²⁷, só poderá ser plenamente conseguida se assentar na *rutura com a tradicional compreensão legal de incapacidade*²⁸.

Esta cisão representa a superação de um modelo (quase) unitário de incapacidade de agir ancorada no regime da menoridade²⁹. Aponta assim para um regime jurídico autónomo face às categorias em torno das quais se constrói a proteção à menoridade, que fazem corresponder o círculo de incapacidade (tendencialmente genérica) com a medida de proteção, identificada com o meio de suprimento da incapacidade — a tutela dos menores³⁰. Tal não significa que esta não possa conservar a sua vocação de regime jurídico supletivo, todavia, as soluções legais deste instituto não se compaginam com a realidade de interesses de uma pessoa maior, que se presume plenamente capaz do ponto de vista jurídico³¹. Não parece, todavia, que o regime do maior acompanhado faça uma remissão meramente supletiva para o regime da tutela — na verdade, e ao arrepio estas considerações, manda-se aplicar o regime da tutela, sem mais, no que diz respeito ao exercício dos poderes de representação por parte do acompanhante (artigo 145.º, n.º 4 do CC).

O estatuto jurídico da menoridade pressupõe uma incapacidade jurídica regressiva e a conseqüente aquisição progressiva de capacidade à medida que se dá a aproximação à maioridade, motivando nomeadamente o reconhecimento de maioridades especiais³². Encontra-se funcionalizado ao desenvolvimento e formação do menor como cidadão de pleno direito, correspondente à sua natural progressão biológica e social³³. Tal não acontece, nem pode acontecer, no caso das pessoas maiores. Existe antes a necessidade de consagrar instrumentos que assegurem que se mantenha e, mais importante, que se efetive o estatuto adquirido com a maioridade.

²⁷ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção*, p. 426 ss.

²⁸ Daí a proposta de Joaquim Correia Gomes de optar por um novo termo, *discapacidade*, mais conforme com esta evolução. JOAQUIM CORREIA GOMES, *Constitucionalismo, Deficiência Mental e Discapacidade: um Apelo aos Direitos*, *in Julgar*, n. 29, 2016, p. 122.

²⁹ Sobre o princípio da incapacidade por menoridade, ver ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 66 ss.

³⁰ As mesmas considerações não se podem tecer relativamente ao exercício das responsabilidades parentais, que são mais do que meio de suprimento da incapacidade e que levaram CLARA SOTTOMAYOR (REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NOS CASOS DE DIVÓRCIO, COIMBRA, ALMEDINA, 2011, pp. 17 ss.) e ROSA MARTINS (*Menoridade*, p. 225 ss.) a optar pela expressão “cuidado parental” para caracteriza a relação entre pais e filhos.

³¹ Artigo 130.º do CC.

³² GUILHERME DE OLIVEIRA, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, *in Temas de Direito da Medicina*, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 226 e ROSA MARTINS, *Menoridade*, p. 117.

³³ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção*, p. 425 e 426 e ROSA MARTINS, *Menoridade*, p. 117.

Para além disso, o novo paradigma *rejeita* que a condição da pessoa maior se funde numa *incapacidade geral* ou numa capacidade limitada de agir³⁴. Deste modo, convocação de instrumentos de salvaguarda não deve implicar necessariamente a incapacidade do beneficiário. Tal implica que se afastem soluções abstratas de restrição de capacidade jurídica e que qualquer limitação à capacidade jurídica seja entendida como uma solução de *ultima ratio*³⁵. Só este entendimento garante o pleno reconhecimento da pessoa como sujeito ativo no mundo jurídico.

O regime do maior acompanhado avança que o exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário (artigo 147.º do Código Civil). Ora, tal não deve cingir-se apenas aos de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente. Daí que a consagração de um núcleo mínimo de capacidade não pareça dever ter relevância autónoma, face a um sistema que se anuncia não restritivo da capacidade, por princípio, como decorre da exposição de motivos da proposta que deu origem a esta reforma³⁶.

É ainda exigível face ao novo paradigma que qualquer restrição de capacidade deva assentar na formulação de um *juízo judicial* em função do *caso concreto*.

No que diz respeito à exigência de *decisão judicial*, há que notar a expressa menção do regime do maior acompanhado de que “o acompanhamento é decidido pelo tribunal” (artigo 139.º do CC). De facto, uma vez que as decisões que envolvam incapacitação implicam a restrição de direitos fundamentais, não pode ser-lhes negado o seu carácter de decisões de natureza jurisdicional e, logo, sujeitas à reserva absoluta de jurisdição. Assim, a decisão de incapacitação deve ser sempre da competência do tribunal. No entanto, esta exigência só se justifica na medida em que exista a potencialidade de afetar a capacidade — só aqui estamos perante a restrição de direitos fundamentais³⁷. Não seria necessária, todavia, quando, fazendo funcionar o sistema do acompanhamento esta possibilidade de incapacitação não se colocasse, como seria o caso de fazer funcionar instrumentos da índole do mandato.

A determinação da capacidade (ou melhor, da sua limitação) em função do *caso concreto* implica uma resposta individualizada que não existia no tradicional figurino da interdição e, embora em menor medida, nem no da inabilitação. Da primeira resultava a incapacidade geral de agir do interdito e a atribuição de poderes de representação legal ao tutor na exata medida daquela incapacidade, com a consequente substituição do interdito na tomada de decisões. Na inabilitação não deixava de se prever um conteúdo mínimo rígido de incapacidade, com a sobreposição da medida de proteção ao âmbito desta incapacidade através do instituto da assistência.

Esta exigência implica que não se devam extrair efeitos imediatos da instauração de

³⁴ Cf, art. 12 da CDPD e THERESIA DEGENER e ANDREW BEGG, From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle, in *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Della Fina, Valentina, Cera, Rachele, Palmisano, Giuseppe (Eds.), Springer, 2017, p. 23

³⁵ GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção*, p. 427.

³⁶ Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

³⁷ PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 144 e ss.

uma medida de apoio quanto à capacidade relativa a *atos de natureza pessoal*. O regime do maior acompanhado parece aderir a esta exigência, numa proclamação inicial de que “exercício pelo acompanhado de direitos pessoais” é livre (artigo 147.º, n.º 1, 1.ª parte, do CC). Tal está em consonância com a ideia de que ser beneficiário de uma qualquer medida de apoio não tem de implicar, nomeadamente, falta de capacidade para consentir, para casar, para perflhar ou para exercer responsabilidades parentais. É aliás o que decorre tanto da Convenção de Oviedo³⁸ (artigo 6, n.º 3), como da Convenção das Nações Unidas (artigo 23.º do CDPD).

Mas as exigências do direito internacional vão mais longe. A CDPD determina o reconhecimento às pessoas com deficiência dos direitos de “contraírem matrimónio e [de] constituírem família com base no livre e total consentimento dos futuros cônjuges”, de decidirem sobre o estabelecimento de vínculos de filiação, nomeadamente “sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos”, mas também que não haja separação da criança dos seus pais “contra a vontade destes, exceto quando as autoridades competentes determinarem que tal separação é necessária para o superior interesse da criança”.

Ora, o regime do maior acompanhado, todavia, admite que a *própria sentença* de acompanhamento determine a restrição destes direitos pessoais. Pense-se no direito a casar que pode ser restringido na sentença de acompanhamento ou no próprio exercício das responsabilidades parentais que é passível de ser inibido em sede daquela decisão³⁹. Mas as formulações do regime do maior acompanhado são, em alguns pontos, ainda mais ampliadoras da possibilidade de ablação da capacidade para praticar estes atos. Veja-se a falta de capacidade para perflhar ou para prestar o consentimento para ser perflhado, que resulta meramente de haver “restrições ao exercício de direitos pessoais” (artigos 1850.º, n.º 2 e 1857.º do CC). Ora, a formulação tão ampla da letra da lei não parece ser admissível face aos restantes dados do sistema, pelo que se justificará aqui defender a interpretação restritiva da norma.

O regime do maior acompanhado encaminha-se, portanto, na direção da preservação da capacidade no âmbito dos direitos pessoais. Ao contrário da interdição e da inabilitação, não resulta diretamente da instauração da medida de proteção a eliminação da capacidade (de gozo) para estes atos. Todavia, fica aquém daquelas exigências ao permitir que seja na própria decisão que determina o acompanhamento que esta limitação tenha lugar.

Várias questões podem levantar-se quanto à possibilidade que é assim aberta pela lei, desde logo, quanto ao fundamento legal para restringir direitos *pessoais*. Lembremo-nos que alguns destes direitos são objeto de tutela constitucional⁴⁰, pelo que qualquer restrição de que sejam alvo depende da determinação dos seus pressupostos. Ora, a determi-

³⁸ Ver artigos 6 e 9 da *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*, disponível em: <https://rm.coe.int/168007cf98>.

³⁹ Cf. as versões introduzidas pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, do artigo 1601.º b), relativo à capacidade matrimonial, do artigo 1913.º, n.º 1, al. b), sobre a inibição do exercício das responsabilidades parentais, do artigo 1933.º, n.º 2, quanto à nomeação como tutor ou o artigo 2189.º, al. b), relativo à capacidade para testar.

⁴⁰ Cf. artigo 36.º, n.ºs 1, 5 e 6, da CRP.

nação da capacidade quanto a estes atos deve ser realizada relativamente a cada um e em sede própria da sua prática⁴¹.

Finalmente, ao eleger como fim a inclusão da pessoa maior, o novo sistema abandona a conceção de que a incapacitação jurídica constitui, ela própria, *o meio* de proteção. Tal não implica necessariamente que deixe de ser reconhecida como ferramenta necessária de proteção, face a determinados casos concretos. No entanto, exige-se uma especial densidade ao nível da sua fundamentação, que deve incluir a identificação dos interesses pessoais e patrimoniais que justificam a sua restrição, das situações de perigo que são criadas pela incapacidade natural e do seu nexos com a potencial auto-lesão daqueles interesses⁴².

Em suma, sendo o novo entendimento da incapacidade uma das linhas essenciais do novo regime, este foca-se na sua desvalorização e contenção, em favor da promoção da capacidade.

3.4. Subsidiariedade da intervenção⁴³

A promoção da capacidade do sujeito beneficiário de qualquer sistema de apoio só poderá ser prosseguida de forma cabal se a eleição da solução adequada for levada a cabo em obediência a uma ideia de *subsidiariedade* da intervenção. Tal implica que seja dada prioridade aos meios menos formais e menos intrusivos, sejam eles produtos de auto-determinação, sejam resultado da intervenção de terceiros. Tal só será possível quando os sistemas jurídicos forneçam um leque de instrumentos, de conteúdo maleável, que possam ser recortados em função dos interesses do beneficiário⁴⁴.

A ideia subsidiariedade da intervenção no seio destes sistemas funda-se no entendimento de que a salvaguarda dos interesses do seu beneficiário só poderá ser assegurada se: (i) for respeitada a faculdade da pessoa determinar o seu esquema de apoio, através do exercício da sua autonomia; (ii) for concedida relevância jurídica ao importante fenómeno social da prestação de cuidado pelas estruturas familiares e sociais. Só a prioridade concedida a estes meios permite acautelar a *esfera da vida privada* (e, por vezes, familiar) da pessoa de forma mais efetiva.

Manifestações de autonomia

Assim, em primeiro lugar, há que assegurar a prevalência das manifestações de auto-determinação, seja com a mecanismos de apoio do género do mandato, seja na forma

⁴¹ Em concreto, perante o funcionário do registo civil, no processo de casamento, o notário no caso do testamento ou em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

⁴² GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A Protecção*, p. 428.

⁴⁴ Já neste sentido, ver a Recomendação n.º R(99)4 (supra nota 12). PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 29.

da escolha ou recusa da pessoa do cuidador nomeado no seio da medida institucional⁴⁵. No regime do maior acompanhado, consagra-se tanto uma figura de mandato, como o exercício da escolha do acompanhante (artigo 143.º do CC), em termos que analisaremos *infra*.

a) Meios informais

Seguidamente, há que atentar nos *meios informais* de cuidado. A sua consideração é particularmente relevante nas situações em que a pessoa com capacidade diminuída não se encontra escudada por uma medida formal, mas existe quem aja no seu interesse para prover às suas necessidades, realizar atos urgentes e evitar prejuízos, ainda que não tenha autorização para tal. Aqui, facilmente encontramos a família (tantas vezes escrava do mito da sua própria auto-suficiência⁴⁶) a assumir os encargos do cuidado, resistindo à intervenção de pessoas estranhas a este núcleo, especialmente da autoridade judicial. Aquela intromissão, que seria em princípio ilícita, porque não autorizada, pode, é certo, ser legitimada através da figura da gestão de negócios já presente no ordenamento jurídico. Todavia, este instituto não se encontrava talhado para assistir um dono do negócio com capacidade diminuída — pressupõe que o gestor de negócios assuma obrigações de prestar avisos e contas ao *dominus* e que este aprove ou ratifique a gestão⁴⁷.

Daí que, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos⁴⁸, fosse aconselhável adaptar estas regras à situação de um *dominus* assim caracterizado, nomeadamente prevendo uma figura que possa cumprir aquelas obrigações do *dominus* de forma efetiva, seja uma entidade de nomeação judicial, seja o Ministério Público⁴⁹.

⁴⁵ Este mecanismo, embora possa ser encontrado em vários ordenamentos jurídicos, recebeu a designação de “autotutela” em Espanha. Podemos considerá-la numa dupla vertente: a autotutela positiva. i.e., a possibilidade de “designar o próprio tutor” e a autotutela negativa quanto à exclusão de pessoas chamadas ao cargo de tutor. Este entendimento é, todavia, já resultado de uma evolução face ao conceito inicial introduzido por Crehuet del Amo. Ver DIEGO MARIA CREHUET DEL AMO, La Tutela Fiduciaria, in Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudência y Legislación, XXXVIII, 1921, p. 10, *apud* Ferran BADOSA COLL — “La autotutela”, in *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Professor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1993, p. 904.

⁴⁶ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy and Self-Sufficiency, *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, Vol. 8, 2000, pp. 13 e 14, e ALISON DIDUCK, Family Law and Family Responsibility, In *Responsibility, Law and the Family*, Jo Bridgeman, Heather Keating and Craig Lind (eds.), Aldershot, Ashgate, 2008, p. 257.

⁴⁷ Ver o nosso PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 87 ss.

⁴⁸ Pense-se, por exemplo, na figura da *guarda de hecho* que, desempenhando já um papel no ordenamento jurídico espanhol (ANDRES MORANTE VALVERDE, Incapacidad y salud mental, in *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*, coord. por Isaac Ravetllat Ballesté, 2011, 176), foi objeto de valorização no novo regime do anteprojeto de lei espanhola. A este propósito, ver MONTSERRAT PEREÑA VICENTE, La transformación de la guarda de hecho em el anteproyecto de Ley, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 3, Julio-septiembre 2018, pp. 61-83.

⁴⁹ PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 100.

A aproximação à consideração dos meios informais pelo novo regime do maior acompanhado é tímida. Na exposição de motivos da proposta⁵⁰ consagra-se de forma expressa a ideia de subsidiariedade num âmbito circunscrito: (i) apenas quanto ao âmbito da incapacidade (“a subsidiariedade de quaisquer *limitações judiciais à sua capacidade*); (ii) com referência apenas ao concurso do exercício de deveres familiares (“quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos *deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar*”) (itálico nosso). No entanto, esta ideia acaba por não ser afinada através da previsão de qualquer figura da índole da gestão de negócios. Prevê-se apenas que a medida de acompanhamento não tenha lugar sempre que o seu objetivo se mostre garantido através dos *deveres gerais de cooperação e de assistência* que no caso caibam (artigo 140.º do CC), o que levanta uma série de questões, nomeadamente: (i) quem são os sujeitos envolvidos (uma vez que não se descortina a consagração legal deste tipo de deveres senão entre cônjuges e entre pais e filhos e não é configurável uma extensão à semelhança da figura do garante no Direito Penal⁵¹); (ii) quais as implicações do dever de assistência, que se configura como um dever de providenciar ao sustento material, estranho portanto ao quadro que convoca o acompanhamento, que é de mero cuidado e não de suporte económico; (iii) por fim, quais as consequências do seu não cumprimento e as formas de controlo da sua atuação

b) Medidas institucionais

Apesar de todos os dados nos apontarem para um sistema progressivamente informalizado, avesso às tradicionais fórmulas incapacitantes e a medidas rígidas — e que, portanto, concede prevalência dada às manifestações de autonomia e aos meios informais —, tal não significa que o novo paradigma exija que abduquemos do funcionamento — residual é certo — de *medidas institucionais*.

É certo que estas medidas assumem tendencialmente um carácter mais formal e intrusivo, mas teriam de ser previstas para aqueles que não planearam a sua situação de incapacidade, no exercício da sua auto-determinação, ou que não podem contar com uma resposta informal ou quando estas respostas se revelem insuficientes ou desproporcionais. As medidas institucionais de salvaguarda não poderão deixar de se prever enquanto “rede de segurança” do sistema⁵².

Ora, as medidas institucionais dos novos regimes não têm de ser apresentar (nem admissível que se apresentem) com a rigidez que caracterizava as medidas dos modelos tradicionais. Na verdade, mesmo no âmbito destas, é admissível que: (i) a capacidade do beneficiário seja recortada em função dos seus concretos interesses e necessidades; (ii) poderes e atribuições do cuidador sejam modelados de acordo com as exigências do caso concreto (pela autoridade judicial ou pelo seu beneficiário, na medida em que o possa fazer); (iii) seja concedida relevância concomitante aos mecanismos de apoio, admitindo-se patamares de intervenção concorrentes ou conjuntos.

⁵⁰ Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

⁵¹ PAULA TÁVORA VÍTOR, *O dever familiar*, pp. 49-54.

⁵² PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 319.

Face ao novo regime do maior acompanhado, (i) a capacidade do acompanhado não se sujeita a um modelo rígido; existe, no entanto, a definição de um tendencial núcleo mínimo de capacidade, nos termos do artigo 147.º, n.º 1, do CC; (ii) os poderes e atribuições do acompanhante podem ser recortados, mas esta definição cabe apenas ao tribunal, nos termos do artigo 145.º do CC e existe a previsão de poderes de “representação geral” e de “administração total” e a remissão para as regras da tutela e da administração de bens; (iii) parecem poder configurar-se patamares de intervenção concorrentes ou conjuntos da medida de proteção do acompanhamento face ao mecanismo de proteção do mandato (artigo 156.º, n.º 3, do CC), quando a lei prevê que o mandato seja aproveitado pelo tribunal e tido em conta na definição do âmbito de proteção e designação do mandante.

Finalmente, a rigidez que as medidas de apoio possam assumir dever ser temperada pela previsão legal da revisão destas, periódica ou a pedido, como, aliás, exige a CDPD, solução essencial para garantir a atualidade de um instrumento potencialmente restritivo de direitos fundamentais. Esta exigência de revisão periódica é atendida no regime do maior acompanhado que prevê que o tribunal reveja periodicamente as medidas de acompanhamento em vigor e, no mínimo, de cinco em cinco anos (artigo 155.º, do CC e também artigo 904.º do CPC), sem referência, todavia, à iniciativa do acompanhado.

3.4. Igualdade

Outro pilar estruturante do novo paradigma de salvaguarda das pessoas maiores decorre do princípio da igualdade, que já resultaria de formal genérica do artigo 13.º da Constituição, mas que é avançado pela Convenção das Nações Unidas (CDPD) nesta área particular, ao estabelecer expressamente a obrigação de não discriminação com fundamento na deficiência como regra basilar e agregadora dos direitos fundamentais nela consagrados (artigos 5 e 12.º, n.º 2, da CDPD). Há, portanto, que extrair consequências das várias dimensões do princípio da igualdade no âmbito do novo paradigma de que nos ocupamos.

Em primeiro lugar, a *proibição do arbítrio* determina uma especial exigência quanto aos critérios que fundem uma diferenciação de tratamento das pessoas com capacidade diminuída. Logo, a mera verificação de falta ou limitação da capacidade natural de uma pessoa não é bastante para decretar a sua *incapacidade* nem para atribuir a terceiro poderes de *decisão em substituição*⁵³, sendo qualquer um destes resultados sujeito a uma especial exigência de fundamentação.

A segunda dimensão — *proibição da discriminação* — tem de ser entendida em articulação com o n.º 2 do artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas. De facto, destes resulta um novo fator de discriminação inadmissível — a deficiência⁵⁴ — que acrescerá ao elenco constitucional (do artigo 13.º da CRP) e que determinará a proibição de privação de capacidade jurídica que dela resulte diretamente.

⁵³ THERESIA DEGENER e ANDREW BEGG, *From Invisible Citizens to Agents of Change: A Short History of the Struggle*, p. 23

⁵⁴ THERESIA DEGENER, *A New Human Rights Model of Disability*, in *The United Nations*, p. 43.

Por fim, a *obrigação de diferenciação* exige que as respostas do regime de apoio sejam moldadas em função das necessidades e dos interesses do seu beneficiário. Daí que aderir a entendimentos que recusam qualquer tratamento diverso de pessoas com deficiência e sem deficiência e que se escudam em interpretações do princípio da igualdade de índole meramente formal possa colocar numa situação de desproteção (social, económica e jurídica) a pessoa com capacidade diminuída. Na realidade, esta pode encontrar-se em situações de subordinação ao poder de facto de terceiros ou em que, por força da sua falta de capacidade natural, pode colocar em causa os seus interesses por inércia ou inaptidão para os gerir.

3.5. *Proporcionalidade*

Também fundado em exigências constitucionais relativas à restrição de direitos fundamentais e na Convenção das Nações Unidas (artigo 12.º, n.º 4, da CDPD), surge-nos o princípio da proporcionalidade, que aponta para um sentido de justa medida e que vincula a uma ideia de intervenção mínima tanto as funções legislativa, administrativa e judicial — e aqui destacamos a posição do decisor em sede judicial — como o exercício dos poderes por parte de qualquer cuidador no quadro dos instrumentos de apoio.

Desde logo, ao *legislador* exige que dote o sistema de um leque de instrumentos de conteúdo flexível, mas também que conceda ao tribunal poderes que lhe permitam optar pela alternativa menos restritiva⁵⁵. Pense-se não só no poder de modelação da medida de apoio em função dos interesses do beneficiário, como a não vinculação do tribunal ao pedido.

A primeira ideia é traduzida no projeto no artigo 145.º, ao dispôr que “[o] acompanhamento limita-se ao necessário” — ao necessário para assegurar a salvaguarda dos direitos do acompanhado, acrescentamos nós — e o princípio da não vinculação do tribunal ao pedido no n.º 2 do mesmo artigo.

Passando para o plano da *atuação do cuidador* institucional, ainda que se possa jogar com um quadro de poderes e atribuições que convocam conceitos técnicos tradicionais (cuidado, representação, assistência), as exigências de proporcionalidade impõem não só ao seu desenho concreto em cada situação como ao seu exercício uma nova lógica.

Na verdade, a qualquer tradicional regime de suprimento das incapacidades não são estranhos *deveres de cuidado*⁵⁶, ainda que não expressamente mencionados. Estes, todavia, devem passar para primeiro plano e figurar de forma irrenunciável no âmbito de qualquer medida institucional. Amiúde estes deveres de cuidado asseguram a intervenção mínima necessária para responder adequadamente à situação de capacidade diminuída, assegurando que as necessidades do beneficiário são adequadamente satisfeitas ou removendo situações de perigo. Para além disso, o mero exercício de deveres de cuidado

⁵⁵ Sobre a Doutrina da Alternativa Menos Restritiva, primeiramente enunciada em B. T. SHELTON et al., *Appellants, v. Everett TUCKER, Jr., etc., et al. Max CARR et al., Petitioners, v. R. A. YOUNG et al.* 364 U.S. 479, 81 S.Ct. 247 Nos. 14, 83. Argued Nov. 7, 1960. Decided Dec. 12, 1960. Supreme Court of the United States, ver o nosso PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 19 ss.

⁵⁶ Pense-se na redação ainda hoje vigente do artigo 145.º do CC, que enuncia um dever especial de cuidar da saúde.

possibilita o apoio no âmbito dos processos decisórios levados a cabo pelo beneficiário (através de atos materiais, mas também do processamento de informação), potenciando o exercício da sua autonomia.

No regime do maior acompanhado este que, para obedecer a uma exigência de intervenção mínima, deveria ser o núcleo central (e por vezes bastante) da atuação de um cuidador, não é autonomizado no âmbito das atribuições do acompanhante, mas pode ser residualmente abrangido pela al. e), do n.º 2 do artigo 145.º (“Intervenções de outro tipo, devidamente explicitadas”), ou, se nos ativermos a uma lógica mais patrimonialista, pela alínea c) dessa mesma disposição (“administração total ou parcial de bens”).

Num segundo nível, podemos averiguar acerca da possibilidade de fazer funcionar esquemas de representação. Na verdade, o abandono de um modelo de substituição preconizado pelo novo paradigma não implica forçosamente que se rejeite a atribuição de poderes de representação a quem exerça a função de cuidador. Exige, todavia, que estes não figurem necessariamente ou que o seu exercício implique uma paralisação da atuação do beneficiário. A situação concreta do beneficiário (nomeadamente condições que potenciem comportamentos de inércia) pode exigir que a sua adequada proteção passe pela concessão do poder de agir em seu nome. Isto não implica, todavia, que se afaste a possibilidade de o beneficiário atuar de forma paralela ou complementar, no âmbito da sua concreta capacidade remanescente.

Ora, o regime do maior acompanhado apresenta-se nos documentos que o prepararam⁵⁷ como rejeitando a *lógica da substituição*, mas não deixa de prever poderes de representação geral ou representação especial, com indicação expressa das categorias de atos para que seja necessária (artigo 145.º, n.º 2, do CC). A formulação minimalista da disposição deixa, todavia, em aberto uma série de questões, nomeadamente as posições de acompanhado e acompanhante quando se concedem estes poderes, inclusive a possibilidade de admitir uma atuação concorrente⁵⁸.

Certo parece ser que a representação nos regimes de salvaguarda das pessoas maiores não pode resultar ou tomar por referência a relação familiar de filiação. A possibilidade de equiparação automática dos poderes de um cuidador aos dos titulares das responsabilidades parentais, conforme previsto na versão original do artigo 144.º do CC, não passaria o teste imposto pelas conceções que presidem ao novo paradigma. O regime do maior acompanhado terá sido sensível a este tipo de argumentação, uma vez que tal referência foi eliminada.

O regime do maior acompanhado vai, todavia, mais longe do que a justa medida imposta pelo princípio da proporcionalidade exige ao acrescentar a possibilidade de, entre as atribuições do acompanhante, figurar o “exercício das responsabilidades parentais cometidas ao acompanhado ou dos meios de as suprir, conforme as circunstâncias”. Significa isto que o acompanhante pode exercer as responsabilidades parentais ou a tutela relativa aos menores que exibiam este vínculo relativamente ao acompanhado. Ora, parece-nos que estas atribuições são exteriores à lógica do acompanhamento, que tem

⁵⁷ Proposta de Lei n.º 110/XIII, p. 3.

⁵⁸ Mas ver artigo 150.º, quanto à solução em caso de conflito de interesses.

em vista o apoio à pessoa do acompanhado e não providenciar um “substituto” para este (como, aliás, se afirma expressamente). Os institutos das responsabilidades parentais e da tutela têm um conteúdo e finalidades próprios e centram-se no superior interesse de um outro sujeito⁵⁹, a criança ou o jovem, e a atribuição do seu exercício deve ser levada a cabo em sede própria de avaliação dos interesses destes últimos⁶⁰.

Na determinação das atribuições do acompanhante, notamos, todavia, uma falta, relativa a matérias que não são ignoradas pelo estudo legislativo que antecede o projeto⁶¹. Teria feito sentido do ponto de vista da proteção da categoria de direitos que aqui está em causa que se regulasse de forma expressa os poderes do acompanhante e seus limites no âmbito pessoal, dando respostas atualizadas e conformes com a nova lógica do sistema a matérias sensíveis como interrupção voluntária da gravidez, as opções de planeamento familiar, a fixação da residência ou a gestão de dados pessoais.

3.6. Auto-determinação

A autodeterminação da pessoa protegida, que nos apareceu já de forma lateral em alguns pontos deste percurso, pode ser erigida, por direito próprio, como um pilar estruturante do novo paradigma, enquanto decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Este poder de gerir autonomamente a esfera própria de interesses⁶² deve poder manifestar-se em diferentes momentos.

a) Fase prévia — Instrumentos de apoio

Numa *fase prévia* à falta ou limitação das faculdades mentais, deve consagrar-se o poder de escolha e modelação dos instrumentos de apoio. Daí que o novo paradigma exija também a instrumentos que respondam ao interesse de planear uma incapacidade futura.

Entre estes contam-se mecanismos que permitem o exercício da autonomia prospetiva e que, como vimos, entre nós foram já acolhidas, na área restrita da saúde — testamento vital e o procurador de cuidados de saúde. No entanto, um compreensivo planeamento de uma situação de diminuição de capacidade futura não pode abdicar de outras áreas.

Já tivemos a oportunidade de defender que se preveja a representação voluntária de forma mais genérica como resposta às situações de capacidade diminuída, através de uma

⁵⁹ V. ROSA MARTINS, *Menoridade*, p. 221, que apresenta o interesse do filho como o critério orientador do exercício das responsabilidades parentais.

⁶⁰ A sede de avaliação de tais interesses pode revestir diferentes formas, desde processos de inibição ou limitação das responsabilidades parentais, decisões de apadrinhamento.

⁶¹ Ver *Da situação jurídica do maior acompanhado, Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das incapacidades denominadas dos maiores*, p. 124.

⁶² Ver a este propósito, Joaquim de SOUSA RIBEIRO e a sua distinção dos conceitos de “autonomia” e “autodeterminação”. Para o Autor, a autonomia privada é “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam” e a autodeterminação refere-se ao “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida segundo as suas preferências”. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 21 ss.

figura com longa tradição jurídica e grande importância prática — o mandato.

Mas a genérica figura do mandato não responde cabalmente às exigências de um mandante com capacidade diminuída. Na convocação do mandato neste contexto há que ter em conta esta figura não pode ser pensada apenas como um instrumento puramente privado. O interesse privado de planeamento da própria situação de capacidade diminuída concorre com a tarefa fundamental do Estado proteger as pessoas vulneráveis⁶³.

O regime do maior acompanhado não deixou de introduzir uma figura de mandato, que denominou “mandato com vista a acompanhamento” (artigo 156.º do CC). Nele inclui tanto o mandato com representação, como o mandato sem representação (artigo 156.º, n.º 1, do CC), remete para o regime geral do mandato, com a possibilidade de especificação do seu regime, e consagra a sua livre revogabilidade (artigo 156.º, n.º 2, do CC), atribuindo ao tribunal o poder de o fazer “cessar” de acordo com a vontade presumida do mandante.

Sem deixar de reconhecer o passo dado pelo regime do maior acompanhado, consideramos que o mandato em previsão da incapacidade beneficiária em muito de um regime mais recortado. Este instrumento (cuja especificidade se prende com a atribuição de poderes de representação voluntária em situações de incapacidade do mandante) deveria ser densificado por regras que vinculassem o mandatário a especiais deveres de contacto pessoal e de prestação de informação, escudado por especiais exigências de forma e, à semelhança do que já acontece no âmbito da procuração de cuidados de saúde, limitado por impedimentos estabelecidos por lei⁶⁴.

Ora, o pleno aproveitamento de instrumentos desta índole depende, em boa medida, de o sistema em que se inserem permitir, em coerência com as exigências de flexibilidade do paradigma e com o princípio da subsidiariedade, que este tipo de figura opere de forma não só alternativa, mas também complementar relativamente a outros instrumentos⁶⁵. Mas também se deveria admitir que coexistisse meramente com outros instrumentos de proteção, desde que não se observasse uma sobreposição de objeto ou de poderes⁶⁶.

No regime do maior acompanhado, parecem admitir-se estas possibilidades quando se consagra que “[n]o momento em que é decretado o acompanhamento, o tribunal aproveita o mandato, no todo ou em parte, e tem-no em conta na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante” (artigo 156.º, n.º 3, do CC).

⁶³ Ver o nosso PAULA TÁVORA VÍTOR, *A Administração*, pp. 229 ss.

⁶⁴ Ver artigo 11.º, n.º 3 da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.

⁶⁵ Por exemplo, através da instauração de medida de proteção em que se atribua ao mandatário poderes de representação para todo o património do beneficiário, que, neste âmbito agirá noutra qualidade, já que o mandato apenas os previa relativamente à administração de uma parte.

⁶⁶ Por exemplo, atribuindo-se poderes de fiscalização ao titular da medida de proteção relativamente à atuação do mandatário.

b) Fase prévia — Manifestações de autotutela

Na fase prévia aludida, também se devem admitir as tradicionalmente chamadas manifestações de *autotutela*⁶⁷, que se traduzem na escolha ou recusa da pessoa a desempenhar as funções de cuidador, uma autonomia que o regime do “maior acompanhado admite (cf. artigo 143.º, n.º 1 do CC), mas que não estende à possibilidade de modelação dos órgãos e objeto da medida de acompanhamento e que poderia incluir o desenho de círculos de atribuições a diferentes sujeitos e indicações relativas ao exercício de tais atribuições.

c) Em sede de processo de instauração de medida de apoio

Embora estas notas se centrem no regime substantivo, ao tratar do pilar referente à autodeterminação no sistema de salvaguarda das pessoas maiores não pode deixar de se fazer uma referência, ainda que breve, às suas implicações processuais.

Assim, do ponto de vista processual deve garantir-se ao beneficiário destes sistemas o direito de participação processual, que se inicia com a exigência de *consentimento* como *prius* da instauração da medida de proteção, ideia a que o regime do maior acompanhado faz um aceno ao mencionar a necessidade de “autorização prévia” nos casos em que não é este a requerer o acompanhamento (artigo 141.º, n.º 1, do CC) e que se efetiva com a *audição prévia* a toda a tomada de decisão (cf. artigo 897.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na versão da Lei n.º 49/2018), para além, claro, da *legitimidade ativa* para a instauração, revisão e levantamento da medida de apoio, como vimos defendendo há muito e que foi introduzida, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, no regime do maior acompanhado (artigos 141.º, n.º 1 e 149.º do CC).

d) Fase de operatividade dos instrumentos de apoio

Por fim, mesmo na vigência dos instrumentos de apoio, o seu deverá continuar a gozar da faculdade de se autodeterminar e de vincular, pela sua vontade, as decisões do cuidador, de participar, na medida da sua capacidade natural, e ser informado da gestão deste. Ora, o regime do maior acompanhado não faz referência a esta dimensão. Todavia, o tratamento doutrinal que se faça desta questão não se pode eximir de defender que a coerência do sistema que se anuncia (e a primazia dada à autonomia) imponha este padrão.

Na verdade, se é certo que o acompanhante encontra a sua atuação delimitada pelo âmbito das suas atribuições, identificando-se, assim, o *quadro objetivo* que sustenta o seu agir, não é menos verdade que o novo paradigma exige que, do ponto de vista do conteúdo, toda a intervenção de um qualquer cuidador seja levada a cabo tomando como referência a vontade da pessoa beneficiária (um *critério subjetivo*), na medida em que se possa aceder a ela. Esta vontade pode ter sido manifestada num *momento prévio* ao fenô-

⁶⁷ Utilizamos a terminologia tradicional para que a figura seja imediatamente identificável, mas lembramos que esta estará prestes a ser redenominada “autocuratela”, em conformidade com as alterações levadas a cabo pelo projeto de reforma de lei espanhola. Cf. *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Ministerio de Justicia e Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 21 de septiembre de 2018.*

meno incapacitante — daí o papel crucial desempenhado pelas declarações antecipadas de vontade — mas aquela que surge no *momento presente* não pode deixar de ser valorizada — e que é perfeitamente configurável, atendendo ao carácter flexível da capacidade. Assim, tal vontade não poderá ser afastada em função de um qualquer critério objetivo, assente em juízos de normalidade ou na automática transferência de valores da esfera do cuidador para o beneficiário. Só na impossibilidade de reconstruir a vontade do beneficiário haverá espaço para recorrer a critérios desta índole e, mesmo em tal caso, é exigível que se leve a cabo uma avaliação casuística de tais critérios, em função da sua oportunidade e da escala de valores que o beneficiário possa ter manifestado ao longo da vida⁶⁸.

Deste modo, não pode deixar de entender-se com alguma cautela o padrão do exercício da função do “acompanhante” que o regime parece eleger. O artigo 146.º, n. 1, do CC, determina que “[n]o exercício da sua função, o acompanhante privilegia o bem-estar e a recuperação do acompanhado, com *a diligência requerida a um bom pai de família*, na concreta situação considerada”. Parece, assim, apontar para um padrão de natureza objetiva, identificado com o *best interest* e alheio às manifestações de autonomia do beneficiário.

Ora, tal não parece ser compatível com os objetivos anunciados e, atenta as opções fundamentais do legislador, terá de se considerar que tal critério só funcionará nos termos que definimos anteriormente. Aliás, o dever de contacto com o acompanhado consagrado no número seguinte desse mesmo artigo podendo, é certo, servir apenas uma decisão heterónoma, não deixa de ser um importante instrumento de potenciação da autonomia.

4. Nótula conclusiva

As linhas essenciais que reunimos parecem dever ser estruturantes dos novos regimes de salvaguarda dos direitos das pessoas com capacidade diminuída, exercendo um papel conformador, desde logo, da atividade legislativa. Todavia, não esgotam a sua função no papel de farol parlamentar. Devemos entender que convocam os restantes operadores jurídicos e a atividade doutrinal em particular para emprestar coerência sistemática ao enquadramento jurídico da condição das pessoas maiores.

⁶⁸ As chamadas “sedimented life preferences”.

VULNERABILIDADE E VIDA INDEPENDENTE

VULNERABILITY AND INDEPENDENT LIVING

Rui Machado*

RESUMO

A percepção e compreensão existente da pessoa com diversidade funcional é determinante para os papéis que lhe são concedidos em sociedade. Em Portugal, o caminho da conquista dos direitos das pessoas com diversidade funcional, está ainda a ser percorrido. Grande parte destas pessoas são ainda alvo de discriminação e exclusão baseadas em mitos, preconceitos e estereótipos que ainda grassam na nossa sociedade. Nesta realidade, as pessoas com diversidade funcional estão expostas a uma grande vulnerabilidade por ainda não lhes terem sido reconhecidos, na prática, direitos humanos tão essenciais quanto: a liberdade, a autonomia e a dignidade. Aqui surge o paradigma da vida independente como uma ferramenta potente no combate a esta vulnerabilidade conhecida e constatada, assim como também sendo um veículo privilegiado para, finalmente, chegar aos conceitos de inclusão e de equidade.

PALAVRAS CHAVE — vulnerabilidade, diversidade funcional, deficiência, vida independente, projeto piloto de vida independente

ABSTRACT

The perception and understanding of the population with functional diversity is essential for the roles that are granted to them in society. In Portugal we're still pursuing the path to conquer the rights of people with functional diversity. Most of these people are still facing discrimination and exclusion based on myths, prejudices and stereotypes that still exist in our society. In this reality, people with functional diversity are exposed to great vulnerability because essential human rights, such as freedom, autonomy and dignity, have not yet been recognized. Here the independent living paradigm emerges as a powerful tool in the fight against this well known and verified vulnerability, as well as being a privileged vehicle to finally reach the concepts of inclusion and equity.

KEY WORDS — vulnerability, functional diversity, disability, independent living independent life pilot project

SUMÁRIO: 1. *Apresentação do Centro de Vida Independente* 2. *Vulnerabilidade da pessoa com diversidade funcional* 3. *Dependência, Independência e Interdependência* 4. *Empoderamento e sua importância na realidade portuguesa* 5. *Vida Independente no combate à vulnerabilidade* 6. *Modelo de Apoio à Vida* 7. *Conclusão*

* r.lucas.machado@gmail.com . Centro de Vida Independente.

1. Apresentação do Centro de Vida Independente

Pedem-me para, enquanto dirigente do Centro de Vida Independente, falar sobre Vulnerabilidade e Vida Independente. Parece-me, então, pertinente começar por apresentar a associação que dirijo, considerando a sua origem, características e objetivos.

O Centro de Vida independente (CVI) nasceu de um grupo de activistas que constituíam o Movimento (d)Eficientes Indignados e que, nesse contexto, iniciaram o debate público da necessidade da implementação deste paradigma como ferramenta essencial para a inclusão das pessoas com diversidade funcional. Posteriormente, com a exposição do tema através de ações de protesto e conferências, surgiu o interesse por parte da Câmara Municipal de Lisboa em iniciar o primeiro projeto de Vida Independente do nosso país. Aceitamos a proposta com entusiasmo por respeitar rigorosamente aquela que tínhamos como premissa essencial: termos nós todo o controlo na implementação, desenvolvimento e gestão do projeto nas suas várias fases. Foi com o início dos trabalhos da criação deste projeto, financiado pela Câmara Municipal de Lisboa, que foi constituída a associação.

Temos a natureza jurídica de Organização Não Governamental de Pessoas com Deficiência (ONGPD) e, mais recentemente, adquirimos o estatuto de Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS), para podermos ser candidatos ao Projeto Piloto Nacional que terá início em 2018, do qual, mais à frente, falaremos, com toda a certeza. Estatutariamente, a associação, prevê unicamente pessoas com diversidade funcional nos seus órgãos sociais e é a primeira e única a ter como objetivos a divulgação e implementação da Vida Independente em Portugal. Este critério de admissão para os órgãos sociais não se prende na crença de que, as pessoas sem diversidade funcional, não sejam capazes, mas sim no assumir oficialmente de que queremos participar ativamente, com competência e responsabilidade, nos assuntos que nos dizem diretamente respeito. De resto, essa participação ativa tem importância basilar no paradigma de vida independente. Nada mais natural que a promovamos nos nossos estatutos e regulamentos.

2. Vulnerabilidade da pessoa com diversidade funcional

O primeiro passo para a análise dos conceitos de vulnerabilidade e vida independente é tentar perceber quem está a ser objeto da nossa análise¹. Serão doentes? Aleijados? Incapazes? Deficientes? Ou serão o que chamaremos simplesmente de pessoas? A perceção e compreensão existente da pessoa com diversidade funcional é determinante para os

¹ O presente texto teve como suporte bibliográfico as seguintes fontes: M. G. BARBOSA e E. H. MÜHL, Educação, empoderamento e lutas pelo reconhecimento: a questão dos direitos de cidadania, *Educação e Pesquisa*, 42(3), pp. 789-802, 2016; S. R. COVEY, *Os 7 Hábitos das Pessoas Altamente Eficazes Lições poderosas para a transformação pessoal*, Lisboa, Gradiva, 2014; I. MENEZES, E. LOJA e P. TEIXEIRA, *In/Capacidade e In/Diferença Do indivíduo deficiente à sociedade incapacitante – justiça social, cidadania e autonomia das pessoas incapacitadas*; Porto, CIE/Mais Leitura, 2014; E. LOJA, E. COSTA e I. MENEZES, Views of disability in Portugal: ‘fado’ or citizenship?. ?, *Disability & Society*, 26(5), 2011, pp. 567–581; L.C.A. WILLIAMS, Sobre deficiência e violência: reflexões para uma análise de revisão de área, *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, v.9, n.2, pp.141-154, 2.

papéis que lhe serão concedidos em sociedade, e isso concorre para a sua vulnerabilidade. Ainda que alguns dos epítetos referidos acima possam chocar alguns, são ainda bastante usados no nosso país, sobretudo se o consideramos em toda a sua dimensão territorial e não ficarmos pelas grandes zonas urbanas do Porto ou Lisboa que, apesar de um carácter mais cosmopolita e diverso, também não são exemplos de inclusão extraordinários. Percebe-se então, ser urgente combater aquilo que se poderá chamar de mitologia da normalidade, promovendo a compreensão da normalidade como um território absolutamente inabitado. Se houvesse uma sala com uma sinalética a dizer “normalidade” e nós lhe batêssemos à porta, ninguém a abriria, seguramente. Urge fazer-se a promoção da diversidade humana com ganhos que serão sempre colectivos e garantias de sociedades mais prósperas e saudáveis. Esta desmistificação da diversidade funcional é tão mais importante se pensarmos que os mitos, preconceitos e estereótipos que têm vindo a travar o seu reconhecimento enquanto cidadãos plenos de direitos (e naturalmente deveres) acabam por se reproduzir e contaminar contextos que seriam importantíssimos para o papel contrário da sua inclusão, como são exemplo o funcionamento de instituições vocacionadas, os comportamentos e atitudes das famílias e ainda as políticas governamentais.

Em Portugal a compreensão da diversidade funcional (e está próximo o momento em que explicarei o uso deste termo na vez de deficiência) está ainda muito contaminada pelo Modelo Médico, onde se entendem as causas da diversidade funcional como sendo científicas. Neste modelo, o problema identifica-se na pessoa, sendo assim considerada doente e incapaz, e, por isso, objeto de reabilitação e uniformização. Suporta-se pela visão mecanicista do Homem compreendendo-o como uma máquina numa metáfora com ferramentas e artefactos mecânicos onde, por exemplo, o coração é uma bomba, os pulmões são filtros e os braços e pernas são ferramentas. Concebeu-se, assim, um modelo de homem padrão como conceito, mas sobretudo como medida de avaliação do corpo e desempenho das pessoas. O que não cabe neste padrão, é inferior ou não tem qualquer valor. Esta conceção do Homem e, por extensão, da diversidade funcional acabou por ser reforçada com a chegada da revolução industrial, onde as máquinas revolucionaram o mercado e economia mundial.

O Modelo Social veio tentar combater estas concepções e fornecer outras capazes de, finalmente, favorecer uma inclusão e equidade reais. Assim, apresentou-nos as causas da diversidade funcional como sendo sociais, ou seja, o problema deixa de estar na pessoa (acaba-se com dramática culpabilização da vítima) e passa a estar na sociedade que se tem mostrado incapaz de absorver toda a sua diversidade. Aqui, a pessoa deixa de ser doente (com a retirada de todo o peso dessa denominação) e torna-se num cidadão com direitos que devem ser assegurados. Trata-se, como se entende, de um modelo que se foca na identificação de barreiras, em detrimento de procuras inalcançáveis de curas ou da já referida mitologia da normalidade. Para dar um exemplo relativo às diferenças entre estes dois modelos, vamos supor que vou atravessar uma rua lá fora e constato não ser possível. O modelo médico diz que não é possível porque eu não consigo subir o passeio, já o modelo social identifica como responsável a ausência de um passeio rebaixado.

Já está mais claro o meu abandono do termo “deficiência” e a adoção de “diversidade funcional”. As palavras são importantes e orientam ações, atitudes e até políticas. Perma-

necer numa linguagem em que se enfatiza a falta, a suposta limitação, tendo na sua base um padrão de normalidade gerado pela ciência e medicina, é não só travar a inclusão da pessoa com diversidade funcional, mas também atribuir-lhe um papel de enorme vulnerabilidade. Definitivamente, a promoção da diversidade mostra-se ser o caminho que nos poderá levar às mudanças essenciais para a construção de um país/mundo verdadeiramente inclusivo e sem cidadãos de segunda.

O contexto desta nossa reflexão é, portanto, a seguinte: existem pessoas com diversidade funcional, intelectual e sensorial que, pelas suas desvantagens na interação com o meio, necessitam de compensações para conseguirem participar nos mais variados contextos onde a vida se vai movendo. Essa compensação pode concretizar-se desde a utilização de uma cadeira de rodas à existência de uma terceira pessoa que preste apoio.

3. Empoderamento e sua importância na realidade portuguesa

A realidade portuguesa no que toca à existência dessa terceira pessoa, tem-se resumido a duas situações distintas, todavia com consequências muito semelhantes. Refiro-me às famílias e às instituições. Têm sido estas as duas únicas opções de vida para as pessoas com diversidade funcional e importa perceber qual o preço dessa realidade.

As famílias têm sido o grande apoio existente, já que o estado português, historicamente, tem, às mesmas, delegado aquelas que seriam as suas responsabilidades. No contexto familiar, o que acontece muitas vezes é que um dos elementos, normalmente a mãe (feminização dos cuidados muito presente em Portugal), é obrigado a desistir da sua carreira profissional para assumir o papel a tempo inteiro de “cuidador”. Naturalmente, que isto traz consequências na degradação da situação económica familiar e ainda na situação psicossocial do agregado familiar, fundamentalmente no “cuidador”, mas também no “cuidado” que não se encontram, objetivamente, numa situação onde possam realizar e investir no seu próprio plano de vida.

Quando a pessoa está institucionalizada – e aqui é importante referir que muitas se encontram em contextos pouco orientados para as suas necessidades, não sendo raros os casos em que pessoas com condicionantes motoras se encontram em lares de idosos ou em instituições vocacionadas para a diversidade intelectual, por exemplo – também ocorre uma fortíssima degradação económica, mas, desta feita, apenas da pessoa com diversidade funcional. É conhecido o parco apoio, em sede de pensões e subsídios, que o estado disponibiliza a este grupo de cidadãos; acresce o facto destas instituições absorverem grande parte desses paupérrimos rendimentos. Viver nesta situação traz perda de liberdade (ou impossibilita a sua conquista) e retira a capacidade de escolha, estando as possibilidades de socializar, trabalhar ou até mesmo mudar de canal de televisão muito distantes ou impossibilitadas. Há ainda uma enorme perda de privacidade e o funcionamento destas respostas sociais é rígido pelo Modelo Médico já referido.

Percebe-se, então, que esta realidade “Família VS Institucionalização” é mais semelhante do que distinta. Efetivamente, produzem resultados muito similares que passam frequentemente pela perda de autonomia, exclusão social, impossibilidade de inclusão profissional, entre outros. Tudo isto se parece dever à permanente desvantagem perante

o outro a que sempre se sujeita a pessoa com diversidade funcional e ainda à falta de ser considerada pessoa plena de direitos.

São poucos os estudos e dados disponíveis que documentem a vulnerabilidade a que as pessoas com diversidade funcional estão sujeitas. Ainda assim existe alguma informação que importa referir. O Relatório Mundial sobre a Deficiência elaborado pela Organização Mundial da Saúde (ONU) e pelo Banco Mundial em 2011 e com validade estimada até 2021, vem sublinhar que as pessoas com diversidade funcional relatam mais dificuldade em aceder a cuidados de saúde. Segundo a ONU, juntamente com a faixa etária, género e situação socioeconómica, a diversidade funcional está entre os diferentes factores que podem aumentar a exposição da pessoa a atos de violência. Ainda no Relatório Mundial sobre a Deficiência, é reforçada a necessidade de um olhar específico para esta população visto que, segundo dados dos Estados Unidos da América (sempre os EUA!), a violência contra pessoas com diversidade funcional é de 4 a 10 vezes maior do que na população em geral e a prevalência de abuso sexual contra pessoas com diversidade funcional mostrou ser maior, especialmente contra homens e mulheres institucionalizados e com diversidade intelectual. Existe também a agravante de existirem maiores dificuldades em aceder a serviços e obter a intervenção policial, proteção jurídica ou cuidados preventivos, seja por problemas de locomoção ou de comunicação.

O sociólogo Fernando Fontes, investigador do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra², realizou um estudo que consistiu na análise de artigos publicados num jornal nacional, entre os anos de 2006 e 2012. Encontrou situações de violação, abuso sexual, agressão física, roubo e escravização, em 129 casos de violência com diversidade funcional, intelectual e sensorial, e considerou em entrevista ao Público que estes configurariam “a ponta do iceberg”. Naturalmente que um estudo desta natureza carece de representatividade, mas, ainda assim, pode e deve servir como barómetro desta realidade a nível nacional, como sublinha o investigador. Na análise às notícias apurou-se que: as vítimas são sobretudo do sexo feminino (37% têm 20 ou menos anos), com dificuldades de aprendizagem; os crimes de violação e o abuso sexual contabilizam 50% das situações; os abusadores são maioritariamente homens (90%) e metade têm entre 30 e 60 anos e ainda; a grande maioria (75%) são conhecidos das vítimas – vivem na mesma comunidade ou na mesma instituição, são vizinhos ou, muitas vezes, membros da família (em 36% das situações relatadas). Fernando Fontes classifica as situações, já referidas, como “Crimes de Ódio” por serem cometidas com base no preconceito em relação à pessoa com diversidade funcional, assente na crença da já falada vulnerabilidade e na incredibilidade do seu testemunho, o que faz com que quase metade dos crimes se prolonguem no tempo.

² F. FONTES, *Pessoas com deficiência em Portugal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016; F. FONTES, *Pessoas com deficiência e políticas sociais em Portugal: Da caridade à cidadania social*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 86, 2009, pp. 73-93.

4. Dependência, Independência e Interdependência

Não se pode negar que é preciso intervir perante estes dados preocupantes. Vamos então tentar perceber alguns conceitos que devem orientar a ação nos terrenos da diversidade funcional:

Dependência – Eu não consigo fazer; Eu não sou responsável; Eu não posso escolher.
Independência – Eu consigo fazer; Eu sou responsável, Eu sou autoconfiante; Eu sou capaz de escolher.
Interdependência – Nós podemos fazer isso; Nós podemos cooperar; Nós podemos unir nossos talentos e habilidades para juntos criar algo maior.

É essencial que se faça a discussão do que é a dependência em toda a sua dimensão e alcance. Será, alguém com capacidade de tomar as suas decisões e escolher os seus rumos, efetivamente dependente? Ou estará unicamente refém de um meio que não lhe proporciona as condições para exercer a sua cidadania? Uma coisa parece ser certa: estar dependente é estar vulnerável. Surge-nos, na continuação deste caminho reflexivo, outro conceito: independência. A verdadeira independência está no poder de agir e no abandono de uma posição passiva. Exercendo-a, o indivíduo, liberta-se da dependência das circunstâncias e das outras pessoas, mas, nem por isso se trata do que possibilitará uma vida plena ou até eficaz. A interdependência é o conceito mais maduro, avançado e útil se queremos, de facto, viver em sociedade. Todos somos interdependentes na medida em que funcionamos quotidianamente usufruindo e disponibilizando recursos. Para usar a roupa que vestimos alguém teve de a costurar e para criarmos o filho que tivemos alguém teve de nos amar – isto para dar alguns exemplos distantes entre si e, por isso, paradigmáticos da abrangência do conceito na nossa vida. A interdependência, possibilita inofismavelmente um relacionamento mais profundo e significativo com os outros, mas também com nós próprios, conseguindo o acesso ao potencial e aos imensos recursos dos demais seres humanos. Parece que já chegamos a um entendimento interessante!

Sucedem que ainda estamos a tentar perceber e atuar de acordo com este entendimento do nosso funcionamento, enquanto organismo vivo e coletivo que todos formamos. Acresce a isto o que já referimos e que se prende com as múltiplas barreiras que ainda se vão encontrando no meio onde nos inserimos. Faz assim sentido introduzir outro conceito que, se a inclusão fosse uma realidade, não existiria por se constituir inútil. Falamos de empoderamento. “O empoderamento é simultaneamente um processo individual e coletivo cujo objetivo se prende com ajudar os sujeitos a conduzirem as suas vidas e também a emanciparem-se. Assente numa consciência da opressão social, das

desigualdades na distribuição do poder e dos recursos, esta concepção de empoderamento visa permitir aos indivíduos e aos grupos o aumento do poder de agir”.³

5. Vida Independente no combate à vulnerabilidade

Mas como combater a vulnerabilidade e promover o empoderamento? É aqui que a filosofia da Vida Independente surge como ferramenta potente para a melhoria da qualidade de vida das pessoas com diversidade funcional e como alternativa ao cansaço e desgaste familiar, assim como também à castradora institucionalização. Este paradigma constituiu-se como garantia de dignidade, liberdade, autonomia e autodeterminação, onde o sujeito passa de passivo a ativo.

O primeiro Centro de Vida Independente foi criado em Berkeley, Califórnia, em 1972, por um grupo de estudantes universitários com diversidade funcional que quiseram ter o controlo das suas vidas recusando a institucionalização. No que respeita às suas bases teóricas e conceptuais é um paradigma assente no, já referido, conceito de interdependência e fundamentado no modelo social da deficiência também já sumariamente descrito.

“A Vida Independente é a demonstração diária de políticas para a deficiência baseadas em direitos humanos. A vida independente é possível através da combinação de vários fatores ambientais e individuais que permitem que as pessoas com deficiência tenham controle sobre suas próprias vidas. Isso inclui a oportunidade de fazer escolhas e decisões reais sobre onde viver, com quem viver e como viver. Os serviços devem estar disponíveis, acessíveis a todos e fornecidos com base na igualdade de oportunidades, consentimento livre e esclarecido e permitindo à pessoa com deficiência flexibilidade (na gestão) na sua vida do dia a dia. A vida independente exige que o ambiente construído, o transporte e a informação sejam acessíveis, que haja disponibilidade de assistência técnica, acesso a assistência pessoal e/ou serviços baseados na comunidade. É necessário sublinhar que a vida independente é para todas as pessoas com deficiência, independentemente do género, da idade e do nível de suas necessidades de suporte” (European Network on Independent Living).

De facto, a vulnerabilidade, entendida da forma correcta, não se trata de uma característica, mas sim de um fenómeno relacionado com a forma como as pessoas são tratadas. É nesta conjuntura que a diversidade funcional pode dar a entender que torna a pessoa mais vulnerável. Aqui, como em tantas outras questões relativas à diversidade funcional e à violência, o essencial é garantir autonomia, conhecimento e meios para se proteger⁴. Entende-se que, neste contexto, a vida independente mostre-se competente para resgatar a pessoa com diversidade funcional dessa vulnerabilidade a que tem sido votada.

A importância da vida independente tem vindo a ser reconhecida nos últimos tempos no nosso país, através da redação de documentos nacionais ou ratificação de outros internacionais. São exemplos: o Programa do XXI Governo Constitucional que estabe-

³ M. G. BARBOSA, Identidade do professor: uma reconceitualização com base no referencial do empoderamento, *Revista Reflexão e Ação*, Santa Cruz do Sul, v. 25, n. 3, p. 396-417, Set./Dez. 2017.

⁴ J. KANE, *Violência e Deficiência. Brochuras Daphne: Questões e experiências no combate à violência contra as crianças, os jovens e as mulheres*, Bruxelas, Bélgica, 2008.

lece como uma das prioridades da ação governativa a promoção da inclusão das pessoas com deficiência; a Constituição da República Portuguesa que consagra o princípio da igualdade de todos os cidadãos e de todas as cidadãs; a Lei n.º 38/2004, regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação das pessoas com deficiência que promove nos mais variados domínios a igualdade de oportunidades; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas e; a Estratégia da União Europeia para a Deficiência 2010 -2020 e da Estratégia para a Deficiência (2017 -2023), do Conselho da Europa.

6. Modelo de Apoio à Vida Independente

Este ano de 2018 é histórico porque prevê a implementação do primeiro projeto piloto nacional de vida independente. Esse projeto será norteado pelo denominado Modelo de Apoio à Vida Independente (MAVI), sustentado pelo Decreto-Lei n.º 129/2017, onde se regula a disponibilização de assistência pessoal através de Centros de Apoio à Vida Independente (CAVI) que se constituirão como as entidades responsáveis pela operacionalização dos respetivos projetos-piloto, cofinanciados no âmbito dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento – Programas Operacionais do Portugal 2020. Para a constituição de CAVI estranhámos a exigência do estatuto de Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS) o que, objetivamente, trava a participação da comunidade de pessoas com diversidade funcional como seria desejável acontecer e por ainda perpetuar a secundarização, passividade, dependência e relações de poder que o contexto institucional invariavelmente proporciona.

Continuando a análise ao MAVI, a concretização da assistência pessoal, faz-se com a prossecução do plano de vida independente da pessoa com deficiência ou incapacidade (denominação da lei), mediante a distribuição de horas de apoio com o limite por pessoa destinatária de 40h semanais. Esse teto pode ser ultrapassado desde que não exceda 30% dos beneficiários do CAVI. Este limite de horas semanais é manifestamente insuficiente e empobrece irremediavelmente um projeto piloto que, por o ser, quer-se diverso e com dimensão representativa das necessidades reais existentes. Para além desta questão, com as regras de financiamento entretanto divulgadas, surgiu uma outra que limita de forma muito severa a execução de um projeto desta natureza. Cada CAVI poderá ter um máximo de 50 beneficiários, todavia o orçamento disponibilizado não cobre, nem o número máximo de beneficiários, nem o teto de horas definido. Torna-se assim difícil compreender o planeamento de todo o projeto quando os manuais que regulam o financiamento impossibilitam a aplicação da lei. Acresce ainda o facto de o financiamento inicial disponibilizado após aprovação, ser insuficiente para assegurar todas as despesas de funcionamento, incluindo as de assistência pessoal.

Aparentemente, desenhou-se um projeto de vida independente, que favorece amplamente as instituições e trava de forma clara a participação da comunidade de pessoas com diversidade funcional. Era justamente aquilo que não deveria acontecer num projeto de vida independente. Assim, vemos um momento-chave para o combate à vulnerabilidade deste grupo de pessoas incompreensivelmente perdido ou irremediavelmente afetado.

Vemos tudo isto com maior estranheza, quando o Centro de Vida Independente tem no terreno o primeiro projeto de vida independente em Portugal, que tem feito prova de que as pessoas com diversidade funcional estão prontas e são perfeitamente capazes de assumir a sua vida nas suas próprias mãos. Trata-se, como no início afluímos, de um projeto financiado pela Câmara Municipal de Lisboa que, percebendo a urgência na aplicação neste paradigma, não esperou pelo governo central e encontrou junto de um grupo de ativistas os parceiros para este trabalho tão importante quanto pioneiro. Encontra-se, atualmente, na sua fase de conclusão, depois de quase 3 anos de duração com o número de 5 beneficiários. Um aspeto interessante neste projeto do CVI é a atribuição de habitações sociais totalmente remodeladas segundo os princípios do design universal e adaptadas posteriormente às necessidades motoras dos beneficiários, numa lógica e clara compreensão de que o paradigma da vida independente vai muito além da disponibilização de assistência pessoal, sendo o acesso ao meio absolutamente essencial para o exercício da cidadania e viver em igualdade de oportunidades.

Hoje, temos em Lisboa 5 pessoas que conseguiram realizar os seus planos de vida em liberdade e autonomia, com apoio profissional completamente gerido e decidido por elas próprias, longe de lógicas assistencialistas institucionais e de ajudas familiares já desgastadas por um esforço que não se classifica como menos do que homérico. Estão, por isso, menos vulneráveis, tanto a situações de abuso, como também a desenvolver perturbações psicoemocionais. Já sabemos, portanto, o caminho (<https://www.youtube.com/watch?v=KqtUJ8Efj8g&t=7s>).

7. Conclusão

Terminaria referindo um equívoco que, amiudadas vezes, ocorre neste tipo de seminários e em palestras onde a diversidade funcional assume ser o tema principal. É comum pensar-se que se fala de um grupo particular de pessoas. Mas tal não é verdade. Aquilo que se fala é da sociedade que todos nós construímos; da forma como essa sociedade se movimenta em torno da diversidade humana. E essa construção é da responsabilidade de todos, sem exceção. Eu, enquanto pessoa com diversidade funcional, conto convosco para finalmente atingirmos os conceitos de equidade e de inclusão, e esquecermos outros como o de vulnerabilidade.

(IN)SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA DO DIREITO DA FAMÍLIA E DO DIREITO DAS SUCESSÕES ÀS NECESSIDADES DOS ADULTOS ESPECIALMENTE VULNERÁVEIS

THE (IN)ADEQUACY OF THE LEGAL SOLUTIONS OF FAMILY LAW AND SUCCESSION LAW TO THE NEEDS OF ESPECIALLY VULNERABLE ADULTS

Rute Teixeira Pedro*

RESUMO

Ao direito se demanda uma resposta jurídica adequada à vulnerabilidade com que, de forma mais permanente ou mais ocasional, cada pessoa é confrontada ao longo do seu percurso biográfico. Oferecendo a comunidade familiar, desde sempre, uma resposta às vulnerabilidades individuais, o desempenho da função assistencial, ao abrigo de vários mecanismos jurídicos de direito privado, ganha uma particular relevância no contexto atual, podendo, paradoxalmente, em concreto, engendrar novas vulnerabilidades. Importa, pois, averiguar se o direito positivo vigente apresenta respostas suficientes, quer no plano do direito da família, quer no plano do direito das sucessões, para as necessidades dos adultos especialmente vulneráveis, à luz de um novo modelo de intervenção que se pretende seja, simultaneamente, promotor da autonomia da pessoa vulnerável e fomentador da solidariedade intergeracional no contexto familiar.

PALAVRAS CHAVE — Vulnerabilidade, Família, Sucessões, Alimentos, Deserdação

ABSTRACT

An adequate legal solution is demanded to deal with the vulnerability that any person is confronted with along his/her biographical path, in a more lasting or more occasional way. Even if family community has always offered a response to individual vulnerabilities, the care and support that is provided by family members to each other, under various legal mechanisms of private law, gains a particular relevance in the current context, and may, paradoxically, engender new vulnerability in a case-to-case approach. It is therefore necessary to examine whether the existing positive law provides sufficient answers, both in family law and inheritance law, to the needs of particularly vulnerable adults, in the light of a new model of intervention which is intended to be, simultaneously promoting the autonomy of the vulnerable person and fomenting the intergenerational solidarity in the family context.

KEY WORDS — Vulnerability, Family, Succession, Alimony/Maintenance, disinheritance

SUMÁRIO: 1. *O direito perante o paradoxo da vulnerabilidade: a sua universalidade e singularidade* 2. *O direito perante o paradoxo da família: a família como resposta e fonte de vulnerabilidade* 3. *Medidas protecionistas da pessoa vulnerável restritivas dos seus direitos e liberdades de atuação no âmbito familiar* 4. *Medidas concretizadoras, no plano do direito da família e das sucessões, de solidariedade intergeracional no contexto familiar* 5. *Observações conclusivas.*

* rpedro@direito.up.pt Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) e Centro de Investigação Jurídico-Económica da mesma Faculdade (CIJE-FDUP).

1. O direito perante o paradoxo da vulnerabilidade: a sua universalidade e singularidade¹

Tomámos para objeto do presente trabalho a reflexão sobre a adequação (ou não) das soluções de direito positivo português, que, no âmbito do direito da família² e do direito das sucessões³, se perfilam como respostas às necessidades particulares apresentadas por pessoas maiores⁴ especialmente vulneráveis. Dizemos especialmente vulneráveis, porque a vulnerabilidade é hoje, perspetivada como um fenómeno universal que afeta transversalmente toda a população, podendo manifestar-se de modo mais leve e episódico ou de forma mais intensa e prolongada⁵ em relação a cada um de nós.

O acolhimento, no plano jurídico, da constatação que hodiernamente se aceita como mais acertada segundo a qual “*there is no such thing as invulnerability*”⁶ interpela o direi-

¹ O trabalho que agora se publica corresponde, em larga medida, ao texto que havíamos preparado, no âmbito da nossa participação no Projeto “Vulnerabilidade e diversidade: direitos fundamentais em contexto”, para servir de base à projetada (mas não concretizada) intervenção no Seminário “Autonomia e Capacitação” ocorrido no dia 17 de abril de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ao referido texto introduzimos algumas alterações ditadas, em especial, pelos desenvolvimentos legislativos decorrentes da publicação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto que criou o regime jurídico do maior acompanhado.

² A nossa atenção centrar-se-á nas normas civilísticas que compõem o direito da Família, ainda que se reconduzam a esse ramo do direito normas de natureza vária não civilística. Sobre o direito não civil da família, *vide* PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de direito da família*, Vol. I — Introdução: direito matrimonial, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 158 a 167.

³ Para uma reflexão crítica sobre estes dois ramos do direito, com atenção ao fundamento do direito das sucessões, considere-se RITA LOBO XAVIER, *Fundamento do Direito das Sucessões e conceito de sucessão mortis causa no ensino do Professor Carvalho Fernandes*, in *Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Lisboa, Universidade Católica Editora, pp. 261 e ss.

⁴ Não deteremos, por isso, a nossa atenção nos especiais desafios que se colocam quanto à proteção de crianças ou jovens, círculo de sujeitos que, em virtude da sua idade, apresentam especiais vulnerabilidades. De qualquer modo, a metamorfose de que falamos em texto também se reflete na perspetivação jurídica das crianças e dos jovens. Também a esse nível, se acentua, nos últimos anos, a substituição de um modelo radical de incapacidade geral por um “modelo gradualista”. *Vide* CLARA SOTTOMAYOR, *O direito das Crianças — um novo ramo de direito*, in *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 58 e ss.

⁵ Tal perspetivação radica na substituição ou pelo menos combinação de um modelo médico por um modelo social da vulnerabilidade. Sobre esse movimento, com indicação de manifestações do mesmo no direito português, *vide* LUÍSA NETO e RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Vulnérabilité et intégrité physique — Rapport Portugais*, in *Henri Capitant 2018*, disponível in http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/events/Quebec_2018/Integrite/portugal-integrite.pdf, pp. 12 e ss (última consulta a 30 de setembro de 2018).

⁶ Recorremos às palavras de MARTHA A. FINEMAN, *Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics*, in *Vulnerability: Reflections on a new Ethical Foundation for Law and Politics*, M. A. Fineman e A. Grear (editors), Ashgate, 2013, p. 16.

to, impondo a revisão de alguns quadros tradicionais em que assentava o pensamento jurídico e que eram iluminados por uma perspetiva dicotómica maniqueísta. Na verdade, o reconhecimento da onnipresença e transversalidade da vulnerabilidade conduz a que se deva rejeitar a divisão simplista dos sujeitos em dois hemisférios estanques — o dos sujeitos não vulneráveis e o dos sujeitos vulneráveis⁷ — que, tradicionalmente correspondia, de forma tendencial, à distinção *radical* entre as pessoas maiores a quem se reconhecia capacidade para o exercício de direitos e as pessoas maiores a quem, aplicando-se uma determinada medida jurídica inspirada por um espírito que, sendo protecionista era eminentemente limitador da correlativa autonomia, se denegava, em maior ou menor medida, o reconhecimento da capacidade de exercício⁸.

Os fenómenos conjugados do alargamento da esperança de vida e do envelhecimento populacional põem a nu a inevitabilidade da emergência, em grau mais ou menos acentuado, da vulnerabilidade (e da dependência) nos percursos biográficos da generalidade das pessoas. Na verdade, assiste-se, no plano mundial, ao aumento do número de pessoas idosas, e ao crescimento da proporção que lhes corresponde ao nível da população global⁹. Portugal não constitui uma exceção, antes ocupando um lugar cimeiro (sendo apenas ultrapassado pelo Japão, pela Itália e pela Alemanha) neste fenómeno, segundo os dados apresentados pelo Departamento de Assuntos económicos e Sociais das Nações Unidas, representando a população com idade igual ou superior a 60 anos, no nosso

⁷ Esta perspetiva entronca numa visão do sujeito liberal inspirada pelo ideário do iluminismo. A necessidade de se mudar o paradigma conduz MARTHA A. FINEMAN a advogar a substituição do “*liberal subject*” pelo “*vulnerable subject*”. *Equality*, p. 17.

⁸ No ordenamento jurídico português, até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, as soluções eram inspiradas por esse o modelo maniqueísta. Às pessoas com idade igual ou superior a 18 anos reconhecia-se capacidade de exercício de direitos (artigos 122 e 123 do Código Civil, doravante “CC”), a menos que fosse decretada interdição (artigo 138 e seguintes do mesmo Código) ou inabilitação (art. 152 e seguintes do CC). Sobre este regime, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, (reimp.), pp. 227 e ss e, mais desenvolvidamente, GERALDO ROCHA RIBEIRO, *A proteção do incapaz adulto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010. Este modelo de respostas civilísticas, com raízes no direito romano, vinha merecendo críticas por parte da doutrina, por, tendo permanecido em larga medida inalterado desde 1966, se caracterizar “por um quase monolitismo, pouco consentâneo com o facto, de na realidade, não existir uma categoria uniforme de incapacidade, mas antes várias situações de capacidade diminuída e que, portanto, convocam soluções diferenciadas que dificilmente encontrarão eco perfeito na lei”. Assim se pronunciava PAULA TÁVORA VÍTOR, em 2009, a propósito do regime contido no Código Civil e entretanto revisto pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Capacidades e incapacidades. Respostas do Ordenamento Jurídico Português e o artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência, *Sociedade e Trabalho*, 39, Setembro-Outubro 2009, p. 41.

⁹ A esse propósito, veja-se o relatório denominado *World Population Ageing 2017 Report*, preparado pela *Population Division of the United Nations Department of Economic and Social Affairs*, Nações Unidas, Nova Iorque, 2017, disponível no endereço da internet http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017_Report.pdf. (última consulta a 30 de setembro de 2018).

país, cerca de um terço da população global¹⁰. A este propósito, importa também trazer à colação, a informação de que em Portugal, o índice do envelhecimento no ano de 2017¹¹, alcançou os 153,2%, indicando que, em Portugal, por cada 100 jovens, existiam, no ano passado, mais de 153 idosos. Tal índice tem vindo a crescer, de modo persistente, devendo assinalar-se que, desde o ano 2000 — em que a mesma taxa se situou nos 98,8% —, o número de idosos vem superando, sempre e de forma crescente, o número de jovens¹². Paralelamente, assiste-se ao crescimento do índice o índice de dependência dos idosos que, no ano de 2017, atingiu os 32,9%¹³. Trata-se de um fenómeno com relevo muito significativo, atendendo às limitações (físicas, psíquicas, sociais, ...) que a idade acarreta¹⁴ e a que o direito não pode ficar indiferente.

Sendo a vulnerabilidade transversal e universal, importa, no entanto, sublinhar que ela é, do mesmo passo, singular ou particular¹⁵. Este aparente paradoxo resolve-se com a constatação de que os graus de vulnerabilidade variam de pessoa para pessoa, dependendo das características individuais que as mesmas apresentam e dos riscos com que elas são confrontadas em cada momento e contexto em que as suas vidas se desenvolvem. Ora, é esse precisamente o desafio que se coloca ao direito — e ao direito da família e ao direito das sucessões, em particular, no que ao objeto deste trabalho diz respeito —, já que a resposta jurídica à vulnerabilidade deve ser uma resposta adequada à particularidade do caso concreto, refletindo as especificidades que ele apresenta em cada situação. Chama-se, aqui, à colação o respeito pelo princípio de proporcionalidade que deve nortear a

¹⁰ Em Portugal, segundo os dados incluídos no *World Population Ageing 2017 Report*, citado na nota anterior, a população com idade igual ou superior a 60 anos representa, 27,9% da totalidade da população portuguesa. Este número é praticamente igualado pela Alemanha (28%), Finlândia (27,8%) e Bulgária (27,7%) e só é superado pelo Japão e pela Itália que atingem, respetivamente, os 33% e os 29%. (p. 27 e p. 29). Não podemos deixar de destacar que as previsões para Portugal contidas neste relatório são preocupantes. Segundo tais dados (p. 29), em 2015, Portugal ocupará a terceira posição a nível mundial com 41,7% de população com idade igual ou superior a 60 anos, apenas sendo ultrapassada pelo Japão (42,4%) e pela Espanha (41,9%).

¹¹ Os indicadores de envelhecimento podem ser consultados na base de dados PORDATA, no seguinte endereço de *internet* <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento-526>. (última consulta a 30 de setembro de 2018). O ano de 2017 é o ano mais recente de que se encontra, à data, informação disponibilizada, a este propósito, no referido sítio.

¹² No século XXI, em Portugal, o índice situou-se sempre acima dos 100 %, tendo, entre 2001 e 2017, crescido mais de 50%, sublinhando-se que, na última década (2007-2017), a subida é de mais de 40%. <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento-526>. (última consulta a 30 de setembro de 2018)

¹³ Também este índice tem vindo a crescer de modo persistente. Reportando-nos apenas aos dados a partir do ano 2000, podemos dizer que o índice correspondia a 24 % no ano 2000, tendo crescido para 26,4% em 2007 e, como se refere em texto, para 32,9% em 2017. <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento-526>. (última consulta a 30 de setembro de 2018)

¹⁴ A proliferação de situações de demência é disso um exemplo paradigmático.

¹⁵ Na verdade, “*while it [vulnerability] must initially be understood as universal and constant when considering the general human condition, vulnerability must be simultaneously understood as particular, varied and unique on the individual level*”. MARTHA A. FINEMAN, *Equality*, p. 21.

intervenção legislativa¹⁶, e que evitará cenários indesejáveis em que a pessoa vulnerável seja subprotegida ou sobreprotegida.

Como já tivemos oportunidade de afirmar¹⁷, impõe-se, então, a revisão da visão paternalista no âmbito familiar e a substituição de uma intervenção protecionista universal definida por referência à pertença individual a categorias genéricas de pessoas por uma intervenção protecionista proporcional assente num juízo casuisticamente formulado à luz das particularidades que a situação concreta apresenta. Assim, apreciando *in casu* o grau de vulnerabilidade e os reflexos que ela tem na vida daquela pessoa, devem aproveitar-se ao máximo as suas capacidades que permanecem intactas ou que não se encontram significativamente afetadas e maximizar a autonomia que a mesma pessoa é capaz de exercer. Só assim se proporciona à pessoa vulnerável a mais elevada proteção de seus direitos¹⁸, considerando, por um lado, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português, nomeadamente à luz da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência¹⁹ adotada em Nova Iorque em 30 de março de 2007 — que, no artigo 3 prevê, como seus princípios gerais, entre outros: “a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas” e a “c) Participação e inclusão plena e efetiva na sociedade” e, portanto, também na família. E considerando, por outro lado, o enquadramento jus-constitucional, nomeadamente a proclamação, no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, doravante “CRP”, como princípio basilar o da dignidade da pessoa humana, a que se junta o princípio do “respeito” e “garantia da efetivação dos direitos e liberdade fundamentais”, consagrado no seu artigo 2.º.

¹⁶ Falamos do princípio da proporcionalidade, não só porque muitas das soluções jurídicas que se perfilam como resposta à vulnerabilidade, não obstante serem iluminadas por um intuito protecionista, poderem importar restrições a direitos fundamentais, o que, nessa medida, terá que ocorrer com respeito pelos ditames traçados no art. 18 da Constituição da República Portuguesa. Sobre o preceito constitucional referido, com várias referências bibliográficas, *vide* anotações ao artigo in J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I: art. 1.º a 107.º, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007 (reimp.), pp. 379 e ss e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 148 e ss. Por outro lado, no que respeita às diretrizes que da Constituição da República Portuguesa se extraem, vinculando a intervenção do legislador na área da família, numa perspetiva crítica da evolução das últimas 4 décadas, vejam-se os ensinamentos de RITA LOBO XAVIER, *Cumprir a Constituição na Família: tendências desconformes na interferência estadual*, in *Jornadas nos Quarenta Anos da Constituição da República Portuguesa — Impacto e Evolução*, Manuel Afonso Vaz *et alii* (coord.), Porto, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 153 e ss.

¹⁷ *Vide* o nosso *Convenções Matrimoniais. A autonomia na conformação dos efeitos patrimoniais do casamento*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 225 e ss.

¹⁸ Para o que se pode trazer à colação “*capability approach*” de AMARTYA SEN, *The idea of justice*, London, Penguin Books, 2010, pp. 231 e ss, como se fez em LUÍSA NETO, e RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Vulnérabilité*, p.14.

¹⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009 da mesma data. Considerando o relevo deste instrumento internacional, por ter traçado “novos rumos” no entendimento jurídico das incapacidades, veja-se PAULA TÁVORA VÍTOR, *Capacidades*, pp. 39 e ss.

Estes princípios devem nortear, pois, a intervenção do legislador ordinário, desde logo no âmbito familiar, onde, para além da sua persistente e irreduzível²⁰ dimensão institucional que se extrai do artigo 36.º e do artigo 67.º da CRP, hoje assumem especial protagonismo as pessoas que compõem a família, à luz da revolução subjetivista operada nesse âmbito pela Constituição vigente²¹. A família surge, nas últimas décadas, como um espaço de afirmação e concretização de direitos fundamentais e de personalidade — das pessoas que a integram²². Ora, a esse propósito assume especial relevância o direito ao desenvolvimento da personalidade vertido no artigo 26.º da CRP que oferece tutela à liberdade de atuação como liberdade de realização da personalidade — necessariamente individual e única —, nas suas várias expressões nomeadamente na liberdade de decisão e de ação para concretização das decisões em que o projeto biográfico de cada qual, numa perspetiva dinâmica, se desdobre, mesmo que em contextos de vulnerabilidade. Cumpre, aliás, aqui, recordar que, segundo o n.º 1 do artigo 71.º da CRP “Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados”. Finalmente, importa sublinhar que a restrição aos direitos fundamentais deverá, em qualquer caso, obedecer, como já ficou referido, aos limites traçados no artigo 18 da CRP, onde se perfila o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, no plano jurídico, o modelo de intervenção paternalista em que a proteção da pessoa vulnerável se concretizava, fundamentalmente, através de medidas que operavam a privação ou restrição da capacidade jurídica²³ daquela pessoa deve ser substituído por um modelo de intervenção em que a tutela dessa pessoa ocorra através de medidas de acompanhamento que, valorizando a sua autonomia, promovam as propriedades e os atributos não prejudicados pela vulnerabilidade com que a pessoa carecida de proteção se confronta²⁴. É nessa linha evolutiva que se inscrevem as novas soluções acolhidas na

²⁰ Sobre a garantia institucional que se extrai da CRP para a família e para o casamento, RITA LOBO XAVIER, A garantia institucional do casamento, o legislador democrático e o Tribunal Constitucional: *cuis custodiet ipsos custodes?*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, FDUL, 2012, pp. 601 e ss

²¹ Sobre a revolução subjetivista operada, por força do novo enquadramento constitucional, na família e sobre as repercussões no plano ordinário, nomeadamente no contexto da relação matrimonial, considere-se o nosso *Convenções matrimoniais*, pp. 166 e ss.

²² Sobre os excessos que se vêm associando a esta visão individualista combinada com uma leitura (segundo a autora indevida) do princípio da igualdade, RITA LOBO XAVIER, *Cumprir*, pp. 162 e ss. Também, para uma visão crítica de algumas consequências da irrupção dos “direitos da pessoa” no âmbito familiar, veja-se DIOGO LEITE CAMPOS, *As relações de Associação. O Direto sem direitos*, Coimbra, Almedina, 2011, em especial pp. 29, e 41-42.

²³ Na maioria das situações tratava-se de restrição da capacidade de exercício, mas em alguns casos tratava-se de verdadeiras incapacidades de gozo. Sobre a distinção entre as duas figuras, *vide* CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria*, pp. 221 e ss.

²⁴ Sobre este modelo menos restritivo, PAULA TÁVORA VITOR, *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e / ou protecção*, in *Direito da Infância, da juventude e do envelhecimento*, Guilherme de Oliveira (ed.), Coimbra, Almedina, 2005, pp. 185 e ss. Com uma visão crítica do regime vigente

Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto²⁵, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação²⁶. E essa mudança de paradigma reflete-se também nas soluções acolhidas no âmbito do direito da família, como veremos.

2. O direito perante o paradoxo da família: a família como resposta e fonte de vulnerabilidades

A família desempenhou, desde sempre, uma função de proteção dos sujeitos que a integram. No seio do seu núcleo familiar, as pessoas foram encontrando a primeira defesa face às ameaças externas e o primordial amparo perante as dificuldades que as suas particulares fragilidades ocasionavam. Sabendo que a mesma pré-existiu ao Estado, coube à família, em primeira linha e durante muitos séculos (até por força da debilidade que caracterizou a entidade estadual durante muito tempo), desempenhar uma importante função de proteção do indivíduo.

Mais tarde, com o reforço das estruturas estaduais e com a ocorrência de um conjunto de mutações económicas, demográficas e sociais promovidas pela revolução industrial dá-se a perda de um conjunto de funções que tradicionalmente eram acometidas à família²⁷ e as pessoas passam a buscar, também fora da família, garantia contra as vicissitudes (os riscos) da vida, nomeadamente através da obtenção de recursos como contrapartida pelo desempenho de atividades por cada indivíduo (primeiro o homem, e depois também a mulher) no mercado de trabalho²⁸, eventualmente complementados, no âmbito do Estado Social, com apoios estaduais. À família passa, então, a ser acometido um “re-

e afirmando a necessidade de reforma do sistema vigente, vejam-se, para além dos trabalhos de PAULA TÁVORA VITOR, M. RAQUEL GUIMARÃES, Este país não é para velhos? A protecção das pessoas maiores incapazes no direito civil português. Perspectivas de evolução, in *Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no direito das Sucessões*, H. Mota e M.R. Guimarães (editores), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 227 e ss e CLÁUDIA TRABUCO, O regime das incapacidades e do respetivo suprimimento: perspetivas de reforma, *Revista Themis*, número especial Código Civil Português. Evolução e Perspetivas Actuais, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 313 e ss. Para uma reflexão sobre os modelos de intervenção, a propósito da reforma do direito austríaco, vide ROBERT MÜLLER, Fürsorge versus Selbstbestimmung, in *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht. Beratung — Unterbringung — Rechtsfürsorge (iFamZ)*, 12.º ano, n.º 1 janeiro de 2017, pp. 327 e ss.

²⁵ Tal resultava patente nas exposições de motivos constante da Proposta de Lei n.º 110/XIII.

²⁶ Para além dos contributos contidos nesta publicação, veja-se, para uma primeira leitura das soluções acolhidas neste diploma, o nosso Chronicle of a legal reform foretold — the shape of the law to come regarding incompetent adults in Portugal, in *The International Survey of Family Law: 2018*, Margaret Brinig (ed.), Bristol, Jordan Publishing, 2018, pp. 441 e ss.

²⁷ Sobre a multiplicidade de funções que a família desempenhou historicamente e o fenómeno de “desfuncionalização da família” acompanhado da promoção da “intimidade” familiar e do seu papel socializador, considere-se PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso*, pp. 119 e 120.

²⁸ Esta evolução foi descrita por MARY ANN GLENDON, in *The new family and the new property*, Toronto, Butterworths, 1981. JOHN EEKELAAR, recorrendo a uma expressão de H. Willekens, refere-se ao fenómeno da “defamiliasation of capitalism”. Post divorce Financial Obligations, in *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 405.

sidual «social security» role»²⁹.

Nas décadas mais recentes, até por causa da crise económica que vivemos, associada a outros fatores de ordem demográfica e social, nomeadamente como decorrência do envelhecimento populacional de que já falámos, acentua-se o convívio intergeracional e ganha relevo a solidariedade intrafamiliar. O desempenho das funções assistenciais — que sempre caracterizara o agrupamento familiar, mas que, no período anterior, havia sido, em certa medida, transferido para a sociedade, para o mercado e para o Estado — reganha importância no âmbito familiar. Ocorre um movimento de “*refamilialisation of care and support*”³⁰.

A concretização intrafamiliar da função assistencial dá-se, desde logo, no plano civilista, através da imposição da necessidade de adoção de comportamentos, que são juridicamente devidos por força da previsão de deveres que vinculam reciprocamente alguns sujeitos de determinadas relações familiares³¹ em consequência do vínculo (jurídico) interpessoal que os une. Assim, ganham especial protagonismo, no âmbito matrimonial, os deveres de cooperação e assistência conjugais consagrados no artigo 1672.º e regulados nos artigos 1675.º e 1676.º do Código Civil, doravante CC³². Por outro lado, nas relações entre pais e filhos destacam-se os deveres de auxílio e assistência paterno-filiais que os vinculam reciprocamente à luz do artigo 1874.º do CC e, no caso de o filho ser menor, para além desses efeitos gerais associados à relação de filiação, existem efeitos pessoais que se reconduzem à figura das responsabilidades parentais (artigos 1877.º e ss do CC)³³. Na definição dos contornos, do teor e da extensão dos comportamentos devidos por força destes deveres importará considerar as especiais características dos sujeitos envolvidos, nomeadamente as suas particulares vulnerabilidades³⁴.

O dever de prestar assistência, em termos patrimoniais, traduz-se, no âmbito familiar, no dever de contribuir para os encargos da vida familiar, quando entre os familiares

²⁹ JOHN EEKELAAR, *Post Divorce*, p. 405.

³⁰ JORDI RIBOT IGUALADA, *Refamilialisation of care and support: Scope and limits of family solidarity in ageing societies*, in *Les solidarités entre générations. Enjeux et perspectives*, H. Fulchiron (coord.), Bruxelas, Bruylant, 2012, p. 716.

³¹ Dizemos determinadas relações familiares, pois a existência de deveres jurídicos em que se traduza a imposição (com a garantia — de coerção — que o direito confere) do desempenho de dever de assistência não se encontra presente em todas as formas de convivência que, hoje, se aceitam constituir relações familiares. Por exemplo, a convivência *more uxorio* não gera, pelo menos durante a sua vigência, deveres jurídicos de assistência, sem prejuízo de poderem identificar-se obrigações naturais (artigo 402) dotadas do atributo da *solutio retentio* (artigo 403.º).

³² Sempre que sejam citados artigos sem referência expressa ao diploma a que pertencem, deve entender-se que integram o referido Código.

³³ Não pode ser esquecido, a este propósito, a *assistência formativa* devida a filhos maiores nos termos do art. 1880.º do Código Civil. Sobre esta matéria, veja-se com abundantes referências bibliográficas a doutrina portuguesa e estrangeira, DANIELA PINHEIRO DA SILVA, *Alimentos a filho maior. Natureza, âmbito e extensão do direito previsto no art. 989.º, n.º 3 e n.º 4 do Código de Processo Civil*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

³⁴ Esta necessidade de consideração das particularidades dos sujeitos encontra-se enunciada, de forma clara e expressa, no artigo 1885.º do CC, no âmbito das responsabilidades parentais.

exista, de facto, uma convivência familiar, assumindo, no entanto, a forma de obrigação de alimentos — de que um dos familiares é devedor e outro familiar é credor — no caso de essa convivência não existir. A obrigação de alimentos aparece, assim, no plano do direito privado como um instrumento jurídico privilegiado para a concretização da assistência entre sujeitos, quando um deles se encontra numa situação de necessidade (parte final do n.º 1 do artigo 2004.º conjugado com o n.º 1 do artigo 2003.º do CC) que o impede de prover à sua subsistência (n.º 2 do art. 2004.º do CC), o que será potenciado pela situação de vulnerabilidade em que o devedor de alimentos se encontra. Descontada a possibilidade de tal obrigação ser constituída por negócio jurídico (artigo 2014.º do CC), o que radicará no exercício da autonomia das partes, a lei impõe o cumprimento de um dever assistencial, sob a forma de prestação de alimentos, em regra, a pessoas que se encontram ligadas ao alimentando por uma relação jurídica familiar³⁵, como se constata pela leitura do elenco previsto no artigo 2009.º do CC³⁶.

Mesmo, quando algumas das relações familiares cessam³⁷, a função assistencial pode perdurar³⁸, seja através da constituição de uma obrigação de alimentos³⁹, seja através de outros mecanismos, como seja o da atribuição do direito a habitar na casa de morada de família (*vide* artigo 1793.º do CC, aplicável diretamente entre ex-cônjuges e, por força da remissão do artigo 4.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, aos unidos de facto) ou o da atribuição do direito à transmissão da posição de arrendatário quando o locado se qualifique como casa de morada de família (*vide* artigo 1105.º do CC, aplicável diretamente entre ex-cônjuges e, por força da remissão do n.º 10 do artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, aos unidos de facto) — a atribuição, nos dois últimos casos, faz-se àquele familiar que dela mais necessita, o que pode decorrer da vulnerabilidade que o afeta.

³⁵ No caso da alínea a), tratando-se de relações entre ex-cônjuges, sói qualificar-se a relação como parafamiliar no período em que a obrigação de alimentos se constitui, nessa qualidade, mas as suas raízes encontram-se na relação familiar (matrimonial) que anteriormente existiu e entretanto se extingui.

³⁶ Ao elenco do artigo 2009.º do CC, deve juntar-se uma outra categoria de sujeitos vinculados, por força da lei, em homenagem à relação familiar que os une, ao cumprimento do dever de prestar alimentos a outrem. É o que acontece, no âmbito da relação de apadrinhamento civil aprovada pela Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, nos termos do seu artigo 21.º.

³⁷ A possibilidade de cessação de relações familiares (que não por morte dos familiares que essa inevitavelmente sempre existiu em virtude da natureza finita do homem), por vontade de um ou dos seus dois membros, existe apenas em algumas relações (para)familiares, como sejam a relação matrimonial, a relação de união de facto, ou a relação de apadrinhamento. Esta possibilidade contraria a tendencial perpetuidade dos vínculos familiares que tradicionalmente se apontou como um dos atributos dos estados familiares.

³⁸ No caso da relação de união de facto, a função assistencial manifesta-se, em especial no contexto de extinção da convivência *more uxorio* seja por morte de um dos companheiros, seja por rutura da relação. Veja-se, a propósito das soluções ainda de “tipo «assistencial»”, GUILHERME DE OLIVEIRA, Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto (Alteração à Lei das Uniões de facto), *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, julho/dezembro de 2010, p. 153.

³⁹ O que poderá ocorrer, quer em caso de cessação voluntária da relação familiar (*vide* alínea a) do n.º 1 do artigo 2009 e artigos 2016.º e ss), quer em caso de cessação por morte de um dos familiares, caso em que a obrigação de alimentos recai sobre o património hereditário do familiar falecido (*vide* artigos 2018.º e 2020.º do CC)

Se considerarmos o plano sucessório, na vocação sucessória dos herdeiros legais⁴⁰, sejam os legitimários (artigo 2157.º do CC⁴¹), sejam os legítimos (art. 2133.º do CC), podemos encontrar reflexos *post mortem* do desempenho dessa função assistencial. E podemos encontrar em dois planos: por um lado, porque o chamamento amparará patrimonialmente o chamado, e, por outro lado, porque esse chamamento poderá constituir uma recompensa pela assistência prestada de facto, ou pelo menos, pela assistência que juridicamente era devida (*vide* artigo 2009.º do CC⁴²) pelo chamado em relação ao *de cuius*. No mesmo plano, também os legados legais *mortis causa* previstos no artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio (o direito real de habitação sobre a casa de morada de família e o direito de uso do recheio)⁴³, refletirão um propósito assistencial, ainda que, neste caso de união de facto, segundo o entendimento maioritário, o *dever* que lhe subjaz não se reconduza, no momento anterior à morte do companheiro falecido (ie, durante a vigência da relação), à cidadela jurídica. Aliás, a este propósito, cumprirá sublinhar que o cumprimento do dever (natural) de assistência poderá ter repercussões na conformação do teor do direito sucessório (no que respeita à sua extensão temporal) previsto, em benefício do companheiro sobrevivente, naqueles artigos. Na verdade, segundo o n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, os prazos por que duram os direitos reais menores referidos (o direito real de habitação sobre a casa de morada de família e o direito de uso do recheio) podem ser prorrogados por decisão judicial, a título excecional, quando “motivos de equidade” o justifiquem. A lei indica que se atenda, como fatores a considerar na decisão que se venha a tomar sobre esta extensão temporal, “designadamente, [aos] cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, e [à] a especial carência em que o membro sobrevivente se encontra, por qualquer causa”. Esta especial forma de singularização dos contornos deste efeito sucessório⁴⁴ — podendo ser lido como uma manifestação de uma tendência

⁴⁰ Também no âmbito da sucessão voluntária, seja testamentária (artigo 2179 e ss do CC), seja contratual, nos casos em que excecionalmente é admitida (artigo 2018.º e 1700.º e ss), podem encontrar-se nas atribuições *mortis causa* reflexos *post mortem* do desempenho da função assistencial nos dois termos que referiremos em texto.

⁴¹ Com a entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto reconheceu-se a possibilidade de renúncia recíproca, por parte dos cônjuges, à condição de herdeiro legitimário na convenção antenupcial.

⁴² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. V, 1995, Coimbra, Coimbra Editora, anotação ao artigo 2009, pp. 591 e ss.

⁴³ Para uma análise destes legados, considere-se o nosso Breves reflexões sobre a proteção do união de facto quanto à casa de morada de família propriedade do companheiro falecido, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, coordenação de Guilherme de Oliveira, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 307 e ss.

⁴⁴ No sentido de que é um efeito sucessório, *vide* RITA LOBO XAVIER (Fundamento, pp. 269 e ss, em especial p. 272), na esteira do pensamento de CARVALHO FERNANDES que, no trabalho em questão homenageia. Também nós acolhemos o entendimento de que se trata de um efeito *mortis causa* (RUTE TEIXEIRA PEDRO, Breves reflexões, pp. 337 e ss, em especial, pp. 339 e ss), tendo para o efeito, no trabalho acabado de referir, chamado à colação os ensinamentos de Galvão Telles.

do direito sucessório mais recente⁴⁵ — é um dos mecanismos que permitem fazer relevar, no plano jurídico, as vulnerabilidades que os sujeitos apresentem (quer as do unido de facto falecido que, por esse motivo, no passado beneficiou dos cuidados do seu(sua) companheiro(a), quer as do unido de facto sobrevivente que, pelo facto de ter prestado esses cuidados, se encontra no presente numa “situação de especial carência” que justifica o benefício da extensão da duração dos direitos reais referidos).

Do que fica dito se concluiu que a família, nomeadamente através dos mecanismos jurídicos (seja de direito de família, seja de direito sucessório) acabados de enunciar, apresenta-se, então, hoje, como uma fonte de resposta (ainda hoje, uma das primeiras respostas) às vulnerabilidades (inevitáveis) com que cada um se depara ao longo da sua vida. Mas, aqui, topamos com mais um paradoxo que não podemos ignorar: é ele o de que, sendo a família a resposta à vulnerabilidade, é ela também — e também, sobretudo, por esse facto — uma fonte de vulnerabilidades. Na verdade, com frequência, o desempenho da função assistencial (sobretudo quando se traduz na adoção de outros comportamentos, que não o do pagamento de uma pensão alimentícia) recai, no plano dos factos, apenas sobre alguns dos familiares que, ao seu cumprimento, estão vinculados. Dados empíricos extraídos da realidade, atestam que assim é e revelam que são ainda, maioritariamente as mulheres (esposas, filhas, netas, ...) ⁴⁶ que se ocupam, no âmbito familiar, do cuidado dos familiares mais vulneráveis, quer a vulnerabilidade resulte da idade (crianças e jovens e mais idosos), quer resulte de um motivo de saúde (doença, deficiência, por exemplo) ou de um acidente (sinistro rodoviário ou laboral, por exemplo). Os factos, contradizendo o que resulta do plano do dever ser jurídico, engendram vulnerabilidades que impendem sobre as cuidadoras, na medida em que se traduzem num menor investimento (de tempo, de formação, de exercício prático) em outras atividades potenciadoras de formação de riqueza. Trata-se da denominada “dependência derivada” (“*derivative dependency*”), de que nos fala MARTHA ALBERTSON FINEMAN⁴⁷. Este fenómeno tem que ser considerado, atentamente, pelo direito, reclamando, por vezes, uma intervenção corretora que, no entanto, ainda hoje, se revela manifestamente rudimentar⁴⁸ para corrigir os desequilíbrios gerados.

E, é à luz da ideia de que a família constitui (e deve constituir) uma resposta para as vulnerabilidades que as pessoas apresentam, sem que disso resultem *vulnerabilidades*

⁴⁵ A este ponto voltaremos na secção 4 deste trabalho.

⁴⁶ Sobre este fenómeno, nomeadamente o denominado “*mommy track*”, veja-se entre nós, MARIA JOÃO TOMÉ, Considerações sobre alguns efeitos patrimoniais do divórcio na Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro: (in)adequação às realidades familiares do século XXI?, in *E foram felizes para sempre...? — Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 164 e ss.

⁴⁷ MARTHA ALBERTSON FINEMAN, Equality, pp. 13 a 29.

⁴⁸ O regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1676 do CC é disso um exemplo (da intenção de consagrar um mecanismo de correção e da deficiente concretização desse propósito), no âmbito matrimonial. Sobre este regime, veja-se CRISTINA DIAS, O Crédito pela compensação do trabalho doméstico prestado na constância do matrimónio (a contribuição consideravelmente superior de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar — o art.º 1676.º do Código Civil, in *E foram felizes para sempre...? — Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, Wolters Kluwer, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 199 e ss.

derivadas, que devemos ponderar a adequação das medidas que o nosso direito da família e o nosso direito das sucessões oferecem para proteção das pessoas mais vulneráveis, nomeadamente em virtude da sua idade avançada.

E essas medidas podem ser agrupadas, para o propósito desta reflexão, por um lado, em medidas que, visando a proteção da pessoa vulnerável, restringem os direitos e liberdades de atuação que lhe são reconhecidos⁴⁹ e, por outro lado, medidas que, estando ao serviço da proteção dos indivíduos, promovem (para não dizer impõem, já que neste âmbito nem sempre a realização coativa é realizável) a atuação de outros em benefício da pessoa vulnerável, fomentando, enfim, a solidariedade intrafamiliar. Consideraremos umas e outras, sucessivamente, nas duas secções que se seguem.

3. Medidas protecionistas da pessoa vulnerável restritivas dos seus direitos e liberdades de atuação no âmbito familiar

A defesa da pessoa vulnerável que se considere desprovida de certos atributos (naturais) que lhe permitam atuar, livre e conscientemente, com capacidade intelectual de entender as consequências dos atos que pratica e com a capacidade volitiva de se determinar de acordo com o juízo formulado, passou tradicionalmente, por um lado, pela possibilidade de aplicação de medidas jurídicas que ditavam a privação ou a limitação da aptidão jurídica de atuar por si e pessoalmente, exercendo determinadas posições jurídicas (ativas ou passivas) — medidas que excluía ou restringiam, portanto, a capacidade de exercício do incapaz —, e, por outro lado, mais radicalmente, pela possibilidade de aplicação de medidas jurídicas que ditavam privação ou limitação da idoneidade para ser titular de determinadas posições jurídicas (ativas ou passivas) — medidas que excluía ou restringiam, portanto, a capacidade de gozo do incapaz. Como veremos, no âmbito do direito da família e do direito das sucessões, encontrávamos vários exemplos, em particular, da segunda espécie, pela pessoalidade dos atos em causa.

Ora, como se sabe, as incapacidades de exercício aparecem, então, quanto aos adultos, como exceção à regra de que as pessoas, quando atingem a idade de 18 anos (artigo 130.º do CC) ou, quando se emancipam como consequência de se casarem com uma idade compreendida entre os 16 e os 18 anos (artigo 132.º e alínea a) do artigo 1601.º, alínea a) do artigo 1604.º e 1649.º do CC), têm capacidade de exercício, podendo, portanto, adquirir e exercer direitos e assumir e cumprir obrigações “por *acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador*”⁵⁰. As incapacidades de gozo, por seu turno, constituem exceções ao princípio de que as pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas (artigo 67.º do CC). Em qualquer caso, as exceções aparecem justificadas com o intuito de proteger aquela pessoa que se vê privada de capacidade jurídica.

Com esse intuito⁵¹, se exclui a possibilidade de certas pessoas vulneráveis, por causa

⁴⁹ Nuns casos, restringem o exercício, noutros casos a titularidade de direitos e liberdades de atuação. Como já deixámos referido, nem sempre a intervenção protecionista se situa no plano da capacidade de exercício, alcançando, com frequência, o plano da capacidade de gozo dessas pessoas.

⁵⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria*, p. 221.

⁵¹ A que se podia juntar outros propósitos. Na verdade para além do interesse de proteger o

dessa vulnerabilidade, acederem a certas relações familiares. Pensamos, desde logo, na relação matrimonial ou na relação de união de facto. Nos termos da redação vigente até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, segundo a alínea b) do artigo 1602.º do CC, “a demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica” constituíam um impedimento dirimente absoluto ao casamento e, segundo a alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, as mesmas circunstâncias impediam a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto, ressalvando-se apenas as hipóteses de a demência se ter manifestado ou a anomalia se ter verificado em momento posterior ao do início da união de facto. Assim, até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, para além da situação de demência *de facto*, quando notória⁵², o decretamento de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica (a denominada demência *de iure*) ditava sempre necessariamente, e independentemente das singularidades da situação concreta da pessoa vulnerável, a proibição para essa pessoa de celebração válida de um casamento⁵³ e impediam o reconhecimento de eficácia jurídica à convivência *more uxorio* com outra pessoa. Verificava-se, pois, uma limitação genérica aplicável a todas as pessoas a que se tivessem aplicado as medidas de interdição ou inabilitação com base na anomalia psíquica de que padecessem, quaisquer que fossem as repercussões que a sua concreta condição psíquica tivesse na capacidade de entender e querer o significado dos atos praticados (no caso a celebração do casamento ou vivência em união de facto). Cumpre recordar que estas limitações consubstanciavam restrições, num caso, quanto à relação matrimonial (alínea b) do artigo 1601.º), ao direito (fundamental) a casar previsto na segunda parte do n.º 1 do artigo 36.º da CRP, e no outro, quanto à união de facto, ao direito (fundamental) a constituir família consagrado na 1.ª parte do n.º 1 do artigo 36.º da CRP, se se aceitar que a união de facto é uma forma de constituir família, ou quando assim não seja, ao “direito ao desenvolvimento da personalidade” reconhecido no n.º 1 do artigo 26 da CRP. Tais restrição aos direitos fundamentais, nos termos em que estavam previstas, não pareciam obedecer aos limites do artigo 18.º da CRP⁵⁴, desde logo por comportarem uma proibição genérica indiferente aos particulares contornos da situação em apreço e à capacidade que o sujeito tivesse para se comprometer com a vida conjugal ou para conviver maritalmente. A possibilidade de autodeterminação quanto à opção de viver em comunhão de vida marital ou paramarital de toda e qualquer pessoa a quem fosse decretada a interdição ou a inabilitação por anomalia psíquica, era radicalmente suprimida, mesmo que tal efeito não servisse, no caso em análise, o interesse do incapaz (que podia até ser mais conveniente ser servido através da constituição das formas familiares referi-

incapaz, por vezes identificam-se concretos interesses públicos que são servidos, igualmente, pelas medidas enunciadas em texto — para além, naturalmente, do interesse — que também é público de proteger os incapazes (de facto). PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso*, p. 297.

⁵² No sentido de ser certa e inequívoca. PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso*, p. 299.

⁵³ Se o casamento fosse celebrado, tratando-se de casamento civil, seria anulável nos termos conjugados da alínea b) do artigo 1601.º e da alínea a) do artigo 1631.º.

⁵⁴ Neste sentido se pronunciava JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da família contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 335 e 336.

das). Os objetivos eugénicos e propósitos de natureza moral que também se apresentam como razão da previsão da alínea b) do artigo 1602.º do CC e da alínea b) do artigo 2.º artigo da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, não eram suficientes para fundamentar uma tal restrição aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, veio corrigir, como veremos, esta situação.

Por outro lado, com o intuito protecionista acima enunciado, também se exclui a possibilidade de certas pessoas vulneráveis, por causa dessa vulnerabilidade, recorrerem a certas formas de constituição de determinadas relações jurídico-familiares. Assim, até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, à luz do número 1 do artigo 1850.º, o decretamento de interdição fundamentada em anomalia psíquica, importava, como consequência necessária e automática, o afastamento da possibilidade de perfilhação, por parte do interdito, de um filho que ele soubesse ser seu. Assim, não sendo o interdito casado (o que só poderia ser se tivesse casado ainda antes do momento do decretamento da interdição), do que decorre a exclusão da possibilidade de funcionamento da presunção *pater is est* prevista no artigo 1826.º do CC, restava-lhe, então, a vida judicial para estabelecer a paternidade sobre um filho que houvesse gerado. Ademais, até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, qualquer pessoa a quem tivesse sido decretada interdição ou inabilitação⁵⁵, não podia ser tutora de outrem em nenhuma circunstância (artigo 1933 do CC), independentemente da causa que justificara a aplicação dessas medidas (por exemplo, a sua surdez-mudez)⁵⁶. Ademais, até à alteração legislativa que vem sendo referida, o interdito por anomalia psíquica também não podia testar (alínea b) do artigo 2189.º do CC).

Todas estas restrições concerniam à capacidade de gozo, já que, atendendo à natureza pessoal dos atos em causa, não havia a possibilidade de funcionar a representação legal. Um regime como o que vigorou até à entrada em vigor da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, tinha implicações negativas para o indivíduo a quem as medidas de interdição ou inabilitação eram aplicadas e que, em última análise, o seu decretamento visava proteger. Pondo a tónica nas vulnerabilidades da pessoa, um tal regime obnubilava aquilo que ela era capaz de fazer — não refletindo a complexidade da condição da pessoa vulnerável que precisava de proteção e assistência — impedindo exteriorização da sua personalidade, através de meios que as suas *capacidades naturais* permitiam. Desta forma com o intuito de proteger as pessoas vulneráveis, infligiam-se limitações desnecessárias. Uma mudança de paradigma era, por isso, urgente e veio a concretizar-se através da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

Particularmente expressivo da mudança de paradigma operada, com reflexos muito relevantes no âmbito dos direitos da família e das sucessões, é o teor do artigo 147.º do CC, tal como foi reformulado pelo diploma acabado de referir. No n.º 1 desse preceito, proclama-se o princípio retor das medidas de acompanhamento segundo o qual “o

⁵⁵ Bem como os notoriamente dementes (alínea b), do n.º 1 do artigo 1933.º).

⁵⁶ Ressalvava-se apenas a inabilitação por prodigalidade, no n.º 2 do artigo 1933.º, na redação anterior à que foi introduzida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Nesse caso, o pródigo podia ser tutor, desde que fosse apenas encarregado da guarda e regência da pessoa da criança, excluindo-se a administração do seu património.

exercício pelo acompanhado de direitos pessoais” é livre. Só assim não será se a lei ou a decisão judicial que decreta o acompanhamento determinarem o contrário. Acresce que no n.º 2 do mesmo artigo, a lei enuncia, a título meramente exemplificativo⁵⁷, alguns direitos que devem ser qualificados como pessoais, alguns dos quais de natureza familiar. São eles os direitos de casar, de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar, de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão, de se deslocar no país ou no estrangeiro, de fixar domicílio e residência, de estabelecer relações com quem entender e de testar”. Nesse sentido, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, veio introduzir alterações em previsões normativas de vários artigos do livro IV (de direito da Família) e V (de Direito das Sucessões) do Código Civil. Consideremos as restrições a que acima nos referimos.

Por um lado, à luz do novo modelo de intervenção, mais dúctil e promotor da autonomia das pessoas vulneráveis, o decretamento de uma medida de acompanhamento de maior não dita necessariamente a existência de um impedimento matrimonial ou de um impedimento à eficácia da união de facto. Segundo as novas redações das normas da alínea b) do artigo 1601.º do CC e da alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, para além da demência de facto notória, só uma determinação expressa da decisão que decreta a medida de acompanhamento importará aquele efeito impeditivo da constituição (válida, num caso, eficaz, no outro) das relações familiares em referência. Por outro lado, nos termos do novo n.º 1 do artigo 1850.º, é reconhecida capacidade para perfilhar a todos os homens com mais de 16 anos, a menos que se trate de maiores acompanhados a quem tenham sido decretadas restrições ao exercício de direitos pessoais. A estas pessoas (maiores acompanhados com a limitação para o exercício de direitos pessoais⁵⁸) é também excluída a possibilidade de serem investido da qualidade de tutor e, portanto, de exercer o correspondente poder funcional. A este propósito, o n.º 2 do art. 1933.º, iluminado pelo respeito do princípio da proporcionalidade, enfatiza que os maiores acompanhados “podem ser nomeados tutores, desde que sejam apenas encarregados da guarda e regência da pessoa do menor ou desde que as medidas de acompanhamento o permitam”. Finalmente, também quanto às hipóteses a que nos referimos *supra*, importa assinalar que, de acordo com o novo artigo 2189.º, a capacidade de dispor dos bens para depois da morte, através de testamento, só é excluída aos maiores acompanhados, nas situações em que a sentença de acompanhamento assim o determine.

Para além das limitações acabadas de referir, cumpre ter presente que, por outro lado, no domínio matrimonial, historicamente, variadas e significativas restrições ao exercício da autonomia privada dos cônjuges encontram, pelo menos em parte, a sua explicação em vulnerabilidades que se entende manifestarem-se no quadro do casamento, em certas circunstâncias, e que fazem duvidar da liberdade e igualdade pressupostas para a autoconformação negocial dos efeitos da relação matrimonial. Na verdade, após o movimento de constitucionalização do direito da família no final do século XX, com a edificação de uma nova ordem matrimonial sobre a igualdade e liberdade dos sujeitos,

⁵⁷ Na letra da lei, lê-se “entre outros”.

⁵⁸ Assim como aos afetados por perturbação mental notória, mesmo que não se encontrem em situação de acompanhamento com limitação para o exercício de direitos pessoais.

criaram-se as condições para a promoção da autonomia privada dos particulares incidente sobre os efeitos jurídicos do casamento. No entanto, há limitações que subsistem em homenagem a certas vulnerabilidades que se associam a determinadas características. Pensamos no regime previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 1720, que, na versão hoje vigente e que resultou da Reforma de 1977⁵⁹, impõe, hoje, vigência imperativa do regime de separação de bens aos casamentos quando, no momento da sua celebração, pelo menos um dos nubentes — seja do sexo feminino, seja do sexo masculino — já tenha completado sessenta anos de idade⁶⁰. Por força deste artigo, a liberdade de estipulação relativa à escolha de regime de bens é suprimida com base num único critério: o da idade. Na verdade, ainda que o arquétipo factual que se encontra na base da solução possa ser o de, para além de um dos nubentes ter uma idade avançada, haver um desnível etário acentuado entre os dois nubentes, a norma também se aplicará às situações em que não haja tal desnível. A solução legalmente prevista visa evitar que a celebração do casamento possa constituir um meio para um dos nubentes obter vantagens patrimoniais indevidas, eventualidade que, na perspetiva da lei, a vulnerabilidade associada a uma idade mais avançada potenciará. Assim, sempre que pelo menos um dos nubentes tenha completado 60 anos de idade, vigorará o regime de separação de bens, não podendo ser escolhido um regime de bens diverso, sob pena de o acordo formado ser nulo por violação de uma norma imperativa. A nulidade afetará a convenção quanto à matéria referida, ainda que a mesma respeite os requisitos formais e de publicidade previstos nos artigos 1710.º e 1711.º do CC, ainda que não exista qualquer vício de vontade, e mesmo que a escolha de outro regime seja mais conforme à composição de interesses que, segundo as partes, corresponda à comunhão conjugal com o perfil que, em concreto, à mesma vai ser dado. Parece-nos, pois, que o regime em causa, baseado apenas na tomada em consideração da idade dos nubentes, importará uma limitação desproporcional à autonomia privada⁶¹ e, portanto, desrespeitadora do artigo 18.º da CRP. Sobretudo quando se associa ao com-

⁵⁹ O Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro eliminou a diferença, quanto ao requisito etário, baseada no sexo do nubente. Na versão original do Código Civil de 1966, associava-se a imposição do regime de separação de bens à idade dos cônjuges que era diversa consoante o sexo do cônjuge. A fasquia fixava-se nos sessenta anos para o homem e nos cinquenta anos para a mulher. Sobre esta limitação veja-se SOFIA HENRIQUES, *Estatuto patrimonial dos cônjuges. Reflexos da atipicidade do regime de bens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 156 e ss.

⁶⁰ Com base no mesmo fator elimina-se, consequencialmente, nos termos do artigo 1762.º do CC, a possibilidade de os cônjuges, neste caso de vigência imperativa do regime de bens, fazerem doações entre casados. Sobre este regime, RITA LOBO XAVIER, *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coleção Teses, Almedina, 2000, pp. 195 e ss.

⁶¹ A tutela da autonomia privada merece acolhimento no plano constitucional. Dúvidas existem quanto à sede normativa em que se deve ancorar essa proteção, se como manifestação do direito à liberdade (artigo 27.º da CRP) e do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º da CRP), em que se inclui a vertente da auto-determinação; se como expressão do direito fundamental de propriedade (artigo da 62.º da CRP). Sobre a proteção constitucional da autonomia privada, vide ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 2016 (reimp.).

pletar de apenas 60 anos de idade⁶², o que, no panorama da sociedade atual com elevação da esperança de vida⁶³, pecará pelo menos pela prematuridade da imposição. Veja-se a este propósito, que, na versão original, o Código Civil Brasileiro de 2001 previa no artigo 1641.º, a imposição do regime de separação bens às pessoas com mais de 60 anos. A Lei n.º 12.344, de 9 de dezembro de 2010, elevou a baliza etária da aplicação do artigo 1641.º para os 70 ocorreu. Uma idêntica elevação poderia atenuar o juízo de desaprovacão da solução a colhida, entre nós, na alínea b) do n.º 1 do artigo 1720.º do CC.

De qualquer modo, manifestamo-nos contra medidas paternalistas cegas que desatendam à concreta necessidade de proteção manifestada no caso particular. Acresce que, consubstanciando restrições de direitos fundamentais, como muitas das normas restritivas de direito da família importam, as soluções devem ser devidamente ponderadas à luz das exigências que têm que ser observadas, desde logo no plano constitucional.

4. Medidas concretizadoras, no plano do direito da família e das sucessões, de solidariedade intergeracional no contexto familiar

Voltamos, agora, a nossa atenção para as medidas que visam a concretização da solidariedade no plano intrafamiliar⁶⁴, ditando a adoção de comportamento positivos (ações) de umas pessoas em benefício da satisfação do interesse de outras.

A este propósito, cumpre começar por fazer uma menção, ainda que muito breve, aos deveres de cooperação e assistência que, nos termos do artigo 1672.º do CC, vinculam os cônjuges (no caso mais uma vez de a pessoa vulnerável poder casar e ter casado). A vinculação jurídica ao dever de cooperação, que a celebração do casamento gera⁶⁵, im-

⁶² Neste sentido, PEREIRA COELHO e GUILHERME OLIVEIRA, *Curso*, pp. 561 e 562.

⁶³ Em Portugal, segundo dados acessíveis na base de dados Pordata, a esperança de vida à nascença, em 2016, era de 83,4 anos para as mulheres e de 77,7 anos para os homens. *Vide* [https://www.pordata.pt/Portugal/Esperan%C3%A7a+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+\(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001\)-418-5192](https://www.pordata.pt/Portugal/Esperan%C3%A7a+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001)-418-5192) (consultado pela última vez a 30 de setembro de 2018).

⁶⁴ Nas palavras de RITA LOBO XAVIER, “a família realiza duas funções primárias e essenciais: a função de solidariedade entre gerações, em geral, e em relação aos filhos, em especial; e a função de solidariedade entre sexos, particularmente no que respeita ao seu compromisso e empenhamento em ordem à realização da primeira função”. *Cumprir*, p. 164.

⁶⁵ Acolhemos o entendimento, propugnado por vários Autores portugueses, segundo o qual os deveres previstos no artigo 1672.º do CC são ainda deveres jurídicos. *Vide*, com indicação de referências bibliográficas, o nosso A responsabilidade Civil como (derradeira) manifestação de juridicidade dos deveres conjugais?, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª Secção) de 12.5.2016, Proc. 2325/12.3TVLSB.L1.S1, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 61, abril/junho de 2018, (no prelo). Diversamente, se pronunciam juristas insígnies. É o caso de FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, S.T.J. — Acórdão de 12 de maio de 2016: Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, p. 63. Também GUILHERME DE OLIVEIRA questiona a juridicidade dos deveres conjugais, atendendo à ausência de coercibilidade do seu cumprimento. Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, in <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violac%C3%A7%C3%A3o-dos-deveres-conjugais.pdf>, p.

portará que os cônjuges se apoiem nos momentos de dificuldade e, portanto, manifestar-se-á com particular acuidade quando uma situação de vulnerabilidade atinge um deles (uma doença, uma deficiência, um acidente, o envelhecimento, ...). Sabemos, no entanto, que, hoje, a desvinculação matrimonial se encontra facilitada, sendo desencadeada pela rutura definitiva do casamento (artigo 1781.º do CC) que se revelará, entre outras situações, no caso de se verificar uma alteração (superveniente, portanto) das faculdades mentais de um dos cônjuges, quando a mesma dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum, nos termos da alínea b) do artigo 1781.º do CC. O casamento não se manterá, portanto, se o consorte daquele que se encontra na situação de vulnerabilidade com as características referidas não pretender continuar casado. Muito mudou desde a reforma de 1977: à época, no artigo 1784.º do CC previa-se, como causa de indeferimento do pedido (como facto extintivo do direito ao divórcio, portanto, mesmo que os factos constitutivos do mesmo se encontrassem demonstrados), a conclusão preditiva de que o decretamento do divórcio causaria o agravamento do estado mental do réu (cujas faculdades mentais se haviam alterado). Tal norma foi revogada pela Lei n.º 47/1998, de 10 de agosto, no que se constata mais um sinal de uma conceção individualista do casamento (que, aliás, tem vindo a acentuar-se, nomeadamente, mas não só, pela novas soluções consagradas pela Reforma do divórcio de 2008), em que a liberdade de desvinculação do requerente prevalece sobre os interesses (nomeadamente de preservação de saúde) do outro cônjuge, cuja consideração seria devida pelo cônjuge requerente, à luz dos deveres conjugais (*maxime* o dever de cooperação), que o mesmo havia assumido aquando da celebração do contrato de casamento. Paulatinamente, o sacrifício do *obrigado*, considerado coberto pelo dever assumido, foi definhando. De qualquer modo, nos termos do n.º 2 do artigo 1792.º do CC, o cônjuge que peça o divórcio, nestes casos, tem o dever de reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

Por outro lado, cumpre considerar, a obrigação alimentar que, como já referimos na secção 2 deste trabalho, assume protagonismo no que concerne às medidas concretizadoras de solidariedade intrafamiliar: seja na vigência do casamento, em caso de rutura da comunhão da vida, prevista no artigo 1675.º, como vertente do dever de assistência, seja a obrigação de alimentos após a modificação da relação matrimonial por decretamento da separação de pessoas e bens (artigo 1795.º-A), seja a obrigação de alimentos constituída após a dissolução do vínculo matrimonial por decretamento do divórcio consagrada nos artigos 2016.º e ss, sejam ainda as obrigações legais de alimentos que surgem num contexto familiar ainda que não matrimonial (*vide* artigo 2009.º).

A obrigação legal de alimentos constitui a expressão da solidariedade que se entende poder demandar entre particulares, em caso de carência económica de uma pessoa que a torna incapaz de prover à sua subsistência. Trata-se de um mecanismo assistencial de natureza privada, a que acrescem os instrumentos de carácter público, cuja existência é ditada pelo artigo 63.º da CRP. As pessoas a quem no artigo 2009.º se impõe um dever assistencial, sob a forma de prestação de alimentos, são, na sua generalidade pessoas

29. (consultado pela última vez a 30 de setembro de 2018).

que se encontram ligadas ao alimentando por uma relação jurídica familiar anterior (para além do casamento, em regra o parentesco). Apesar de poder ser prestada de outro modo, em regra, traduz-se no pagamento periódico de uma dada prestação pecuniária (art. 2005.º do CC). As pessoas obrigadas a prestar alimentos são, em regra, pessoas a quem são reconhecidos, legalmente direitos sucessórios⁶⁶, como se constata pelo mero confronto dos elencos do n.º 1 do artigo 2009 e do n.º 1 do artigo 2133.º. A reciprocidade assistencial que se deriva desta conexão normativa permite concluir que os possíveis benefícios sucessórios possam constituir um importante incentivo ao cumprimento do dever jurídico de prestar alimentos.

Ora, esta conexão é muito relevante, a ponto de o legislador prever como causa da deserdação a situação de “ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos” (alínea c) do n.º 1 do artigo 2166.º do CC)⁶⁷. Para esse efeito, o autor da sucessão terá que, em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário⁶⁸. O afastamento da sucessão daquele que não prestou alimentos, devendo tê-lo feito, não opera, portanto, automaticamente, ficando dependente de uma expressão de vontade do autor da sucessão nesse sentido. Não constitui sequer causa de indignidade nos termos do artigo 2034.º do CC. O que significa que o herdeiro, que o é por força da lei, na falta de declaração do autor da sucessão, suceder-lhe-á, ainda que não lhe tenha prestado alimentos. Por outro lado, outros comportamentos reveladores de desinteresse pelo autor da sucessão não relevam, nem como fundamento para a deserdação, nem como causa de indignidade.

Nos tempos em que vivemos, com uma população muito envelhecida e nessa medida vulnerável e carecida de assistência, é discutível o acerto da manutenção do regime vigente. No entanto, ainda recentemente, foram rejeitados projetos de lei que previam a previsão da indignidade sucessória para os condenados por crimes de exposição ou abandono ou de omissão de obrigação de alimentos⁶⁹ e para os condenados por crimes de violência doméstica, maus tratos, sequestro ou de violação da obrigação de alimentos⁷⁰.

Ressalvada a possibilidade de deserdação prevista, com os limites estreitos já referidos, na alínea c) do n.º 1 do artigo 2166.º do CC, no ordenamento jurídico português, não se consegue, portanto, no âmbito da sucessão legitimária (naturalmente, pois essa é imperativa) fazer refletir a assistência efetiva prestada pelos sucessíveis em vida do autor

⁶⁶ Ressalvam-se, como já referimos, as hipóteses do ex-cônjuge e do padrasto e madrasta.

⁶⁷ Para uma análise do artigo 2166.º do CC, veja-se HELENA MOTA, *Código Civil Anotado*, Livro V Direito das Sucessões, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, 2018 pp. 228 e 229.

⁶⁸ Apesar de a letra do art. 2166.º do CC se referir apenas ao efeito de privação da legítima, “a deserdação não se repercute somente no campo da sucessão legitimária: impede o acesso à sucessão legítima e à sucessão testamentária”. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 2.ª ed.ª, Lisboa, AAFDL, 2017, p. 201.

⁶⁹ O Projeto de Lei n.º 744/XIII/3.ª, apresentado pelo grupo parlamentar do CDS-PP, foi rejeitado, na votação na generalidade ocorrida em 9 fevereiro de 2018.

⁷⁰ O Projeto de Lei n.º 795/XIII/3.ª, admitido a 2 de março de 2018 e apresentado pelo grupo parlamentar do CDS-P, foi rejeitado, na votação na generalidade ocorrida em 9 de março de 2018.

da sucessão⁷¹: não se consegue, nem para excluir a sucessão o sucessível que se desinteressou do autor da sucessão, nem para premiar aqueles que tenham contribuído de forma especial para a assistência ao mesmo⁷². Na verdade, a indicação dos sucessíveis legais faz-se em função de categorias abstratas (os descendentes, os ascendentes, o cônjuge), independentemente da particular relação que os concretos indivíduos tenham tido com o específico *de cuius*.

Não temos, entre nós, ainda, no plano da sucessão legitimária⁷³, expressão de uma das tendências que se vem manifestando no direito sucessório noutro ordenamento que é o de permitir que a configuração dos efeitos sucessórios se faça em função da atitude pretérita do sucessível em relação ao *de cuius*. Aquilo que se denomina como “*behaviour-based approach to succession rights*”⁷⁴, quer num sentido negativo de restringir (ou eliminar) os direitos dos sucessíveis que não se revelam merecedores da proteção sucessória, quer num sentido positivo de reforçar a proteção daqueles que especialmente o merecem. Podemos, no entanto, colher ensinamentos nas soluções que vêm sendo adotadas noutros ordenamentos jurídicos no passado mais recente.

No direito comum espanhol, a deserdação encontra-se regulada nos artigos 858.º e seguintes do Código Civil Espanhol, doravante CCE, variando as suas causas em função da categoria a que pertençam os herdeiros a deserdar — filhos ou descendentes (art. 853.º do CCE); pais ou outros ascendentes (art. 854.º do CCE) e cônjuge (art.º 855.º do CCE)⁷⁵. No que respeita à deserdação dos filhos e outros descendentes, prevê-se como

⁷¹ Aliás, a pertinência da manutenção da previsão da sucessão legitimária e os termos em que a mesma deve funcionar tem sido um dos temas mais discutidos no âmbito do direito sucessório na última década. *Vide* C. CASTELEIN, Imperative inheritance law in a late-modern society. Five perspectives: introduction and objectives, C. Castelein, R. Foqué e A. Verbeke (editors), Antuérpia-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, pp. 9 e ss. Entre nós, RITA LOBO XAVIER, vem afirmando a necessidade de renovação do direito sucessório português “pela falta de harmonia e de adequação do sistema em vários aspetos”, na eseira da “análise crítica” de PAMPLONA CORTE-REAL. Assim, Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, A. Menezes Cordeiro *et alii* (orgs.), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 351 e ss; Para quando a renovação do Direito sucessória português?, in *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Universidade Católica Editora, Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira Sá (coord.) Lisboa, 2017, pp. 593 e ss.

⁷² Ou que careçam especialmente de proteção. Em oposição a esta tendência, entre nós, foi rejeitado na votação na generalidade ocorrida em 9 de março de 2018, recentemente, também o projeto de lei 796/XIII/3.º, apresentado pelo grupo parlamentar do CDS-PP, que visava reforçar a proteção legal aos herdeiros interditos ou inabilitados, em relação aos demais sucessíveis.

⁷³ Como já deixámos escrito noutro trabalho (Breves, p. 345), julgamos que a orientação a que nos referimos de seguida em texto estará presente na possibilidade atribuída no n.º 4 do artigo 5 da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio de o Tribunal poder estender a duração dos direitos de uso e habitação para além dos limites fixados nos n.º 1 e 3 por motivos de equidade

⁷⁴ Veja-se, sobre este sentido evolutivo, A. ALOY, Freedom of testation, compulsory share and disinheritance based on lack of family relationship, in *The Law of Succession: testamentary freedom. European perspectives cit.*, pp. 95 e ss.

⁷⁵ Sobre o regime da deserdação, em Espanha, veja-se M.ª PATRÍCIA REPRESA POLO, *La Desheredación en el Código Civil*, Madrid, Talleres Edotorial Cometa, 2016.

causa⁷⁶ o facto de os primeiros em relação ao ascendente falecido “*Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*” (artigo 853, 2.º do CCE) e no caso de deserdação do cônjuge prevê-se, como fundamento para tal, “*Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*” (artigo 855.º, 2.º do CCE). No país vizinho, mas no direito da comunidade autónoma da Catalunha, à luz da alínea e) do artigo 451.17 do (livro IV dedicado às sucessões do) Código Civil da Catalunha, prevê-se como causa de deserdação (“*desheretament*”)⁷⁷: “A ausência manifesta e continuada de relação familiar entre o causante (o *de cuius*) e o legitimário por uma causa exclusivamente imputável ao herdeiro legitimário”⁷⁸.

No ordenamento jurídico austríaco, na recente reforma do Direito das Sucessões ocorrida em 2015, numa medida com uma importante “função de sinalização” da relevância da solidariedade familiar⁷⁹, foi introduzido, no § 677 do seu Código Civil, um legado legal pelos cuidados (“*Pflegevermächtnis*”) prestados ao *de cuius*, por pessoas próximas ao falecido (“*Einer dem Verstorbenen nahe stehenden Person*”)⁸⁰, e que se destinaram a melhorar a possibilidade de o falecido viver uma vida autodeterminada e orientada para as suas necessidades (“*zu sichern sowie die Möglichkeit zu verbessern, ein selbstbestimmtes, bedürfnisorientiertes Leben zu führen*”, como se prevê no (2) do § 677. A espécie, duração e escopo dos cuidados prestados serão relevantes para a determinação do valor do legado (§ 678, (1)).

Por seu lado, no direito alemão, para se dar concretização a uma ideia de justiça distributiva, prevêem-se, no parágrafo 2057a do Código Civil alemão (BGB), “deveres de compensação baseados em prestações especiais de um descende” (“*Ausgleichspflicht bei besonderen Leistungen eines Abkömmlings*”). Assim, o descendente que tenha contribuído com trabalho nomeadamente doméstico permitindo a preservação do património do *de*

⁷⁶ Para além de se prever no 1.º parágrafo (“*Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda*”) uma causa semelhante à que encontramos na nossa alínea c) do n.º 1 do artigo 2166.º do CC.

⁷⁷ Segundo o artigo 451.17, “*El causant pot privar els legitimaris de llur dret de llegítima si en la successió concorre alguna causa de desheretament: (...) e) L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari*”.

⁷⁸ ANTONI VAQUER ALOY sublinha que “*La doctrina ha señalado con unanimidad que esta causa obliga al juez a indagar en las intimidades de la familia, cuestión nada fácil por las dificultades probatorias, y que supone un margen de arbitrio judicial que puede conducir a un aumento de la litigiosidad*”. O Autor conclui, apresentando para o efeito elementos extraídos da jurisprudência, que “*Lo cierto es que la exigencia de la imputación exclusiva de la falta de relación familiar al legitimario diluye notablemente la solidaridad intergeneracional. La desheredación sólo prospera ante los casos más graves de abandono o de ejercicio de algún tipo de violencia sobre el causante*”. Acerca del fundamento de la legítima, in *Indret*, 4/2017, outubro de 2017, p. 12.

⁷⁹ Trata-se de “*Eine Regelung mit gesellschaftspolitischer Signalwirkung, die die innerfamiliäre Solidarität fördern soll*”, nas palavras de MARTIN SCHAUER, Das neue Erbrecht. Grundlegende Wertungen uns ausgewählte Einzelfragen, in *Österreichische Juristen Zeitng (ÖJZ)*, janeiro de 2017, p. 59. Sobre esta medida, veja-se também CHRISTIAN RABL, Erbrechtsreform 2015 — Pflichtteilsrecht neu, *ÖJZ*, p. 326.

⁸⁰ Segundo o (3) do § 677 do Código Civil austríaco, caberão nesse círculo, entre outros, o cônjuge, o companheiro e os seus filhos.

cuius, bem assim como o descendente que tenha cuidado do *de cuius* — em ambos os casos por um período longo (“*während längerer Zeit*”) —, tem direito a exigir uma compensação, desde que não tenha, com base noutro regime, direito a uma retribuição adequada (“*angemessenes Entgelt*”). O valor da compensação é calculado, equitativamente (“*der Billigkeit entspricht*”), de acordo com a duração e a extensão da assistência prestada e o valor do património hereditário⁸¹.

Não vislumbramos, ainda no momento presente, manifestação desta tendência no direito português⁸², urgindo refletir sobre a necessidade de reforma do direito sucessório português para que, através dele, se promova, de forma mais adequada, uma efetiva solidariedade intrageracional, desde logo, no contexto familiar.

5. Observações Conclusivas

A concretização de situações de vulnerabilidade com que, de forma mais permanente ou mais ocasional, cada pessoa é confrontada ao longo da sua vida, é potenciada pelo aumento da esperança de vida e o conseqüente envelhecimento populacional. A constatação simultânea da singularidade das vulnerabilidades que cada pessoa apresenta interpela o direito, impondo a revisão de alguns quadros tradicionais em que assentava o pensamento jurídico e que eram iluminados por uma perspetiva dicotómica maniqueísta.

Assim, no plano jurídico, o modelo de intervenção paternalista em que a proteção da pessoa vulnerável se concretizava, fundamentalmente, através de medidas que operavam a privação ou restrição da capacidade jurídica daquela pessoa deve ser substituído por um modelo de intervenção em que a tutela dessa pessoa ocorra através de medidas de acompanhamento que, valorizando a sua autonomia, promovam as propriedades e os atributos não prejudicados pela vulnerabilidade com que a pessoa carecida de proteção se confronta. É nessa linha evolutiva que se inscrevem as novas soluções acolhidas na Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação.

E essa mudança deve refletir-se também nas soluções acolhidas no âmbito do direito da família e no direito das sucessões. Também elas podem ser, mais profundamente, reformadas, à luz de um novo modelo de intervenção que se pretende seja, simultaneamente, promotor da autonomia da pessoa vulnerável e fomentador da solidariedade intergeracional no contexto familiar.

⁸¹ Veja-se o comentário a esta norma no *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Erbrecht, CH Beck, 2017, pp. 711 e ss. Para uma análise da aplicação que a jurisprudência vem fazendo do regime do §2057a do BGB, veja-se o trabalho em duas partes de ARMIN TESCHER, §2057a do BGB — Pflegeleistungen im lichte der Rechtsprechung (Teil 1), *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis* (Zerb), 2017, Caderno 3, pp. 61 e ss e §2057a do BGB — Pflegeleistungen im lichte der Rechtsprechung (Teil 2), *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis* (Zerb), 2017, Caderno 4, pp. 89 e ss

⁸² Ressalvada a situação pontual já referida, prevista no n.º 4 do artigo 5 da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, de o Tribunal poder estender a duração dos direitos de uso e habitação para além dos limites fixados nos n.º 1 e 3 por motivos de equidade.