

# **CONSTITUCIONALISMO, DEFICIÊNCIA MENTAL E DISCAPACIDADE: UM APELO AOS DIREITOS**

JOAQUIM CORREIA GOMES

“Eu darei as sentenças de acordo com os estatutos e decretos do Povo de Atenas e do Conselho dos Quinhentos. Eu não votarei pela tirania ou oligarquia.... Eu não vou expulsar, nem tolerar outros que expulsem, pessoas aqui residentes em violação dos estatutos e decretos do Povo Ateniense ou do Conselho.” Juramento dos Heliastas<sup>1</sup>

**Resumo:** A Constituição começou por assumir a deficiência partindo de um modelo médico ou reabilitador e de uma ideia de direito prestacional, quando atualmente e por força da Convenção dos Direitos das Pessoas Deficientes, se tem afirmado um modelo dos direitos. Será a partir deste novo contexto, mediante um constitucionalismo de direitos e de uma Constituição dialógica, que se fazem propostas muito concretas para que as pessoas com anomalia psíquica sejam consideradas simplesmente como pessoas, como as demais, reconhecendo-se, no entanto, as suas especificidades funcionais.

**Palavras-chave:** constituição; constitucionalismo; deficiência; direitos fundamentais; direitos humanos; discapacidade.

## **1. AS BASES FILOSÓFICAS DO CONSTITUCIONALISMO, A CONSTITUIÇÃO E A DEFICIÊNCIA MENTAL**

### **1.1. O contrato social e a exclusão das “pessoas sem razão”**

As constituições da modernidade tiveram o seu substrato filosófico na doutrina do contrato social, enquanto expressão normativa máxima do pacto social de convivência humana, acabando por formalizar a justificação racional

---

<sup>1</sup> VINCE, J. H. (tradutor), *Demosthenes against Medias, Androton, Aristocrates, Timocrates, Aristogeiton*, London: William Heinemann LTD, 1934, p. 149, § 149.

do Estado e dos direitos naturais.<sup>2</sup> Do mesmo modo, a legitimação do sistema político estaria na soberania popular, mediante as opções voluntárias dos “seres humanos racionais”,<sup>3</sup> em detrimento de uma soberania de raiz monárquica, que era essencialmente hereditária.

Porém, não se estava apenas a fundamentar racionalmente o sistema jurídico-político, pois até então a origem do poder tinha uma justificação divina, mas a estabelecer-se um *arquétipo de pessoa* construído em bases estritamente racionais, sendo a razão uma característica de identificação e diferenciação, não só relativamente aos animais irracionais, mas também no que concerne aos seres humanos sem razão. Para o efeito basta recordar Thomas Hobbes, para quem as suas “Naturall Laws” teriam como base as pessoas racionais, sendo estas os seus exclusivos destinatários, assim como John Locke, segundo o qual uma pessoa é um “ser pensante inteligente, com as suas razões e reflexões, ...”, o único “capaz de lei” (*capable of law*) ou ainda J.J. Rousseau, ao conferir um predomínio à “idade da razão”, de modo que o homem fosse “ele próprio o juiz dos meios apropriados para se manter, sendo, por isso, o seu próprio mestre”.<sup>4</sup>

As novas teorias do contratualismo, designadamente as sustentadas por John Rawls, continuaram a perspetivar esse consenso entre pessoas morais (*moral persons*), as quais seriam seres racionais (*rational beings*), partindo as mesmas de uma “posição original de igualdade” (*original position of equality*), contribuindo indistintamente para o benefício comum, existindo sempre uma “cooperação social entre iguais para vantagens mútuas” (*social cooperation among equals for mutual advantages*), de modo que, como o mesmo sustenta, a sua teoria da justiça seria sempre uma “teoria das escolhas racionais”.<sup>5</sup>

Assim, desse pleno estatuto, tanto moral como jurídico de pessoa, estariam excluídos aqueles seres humanos destituídos ou diminuídos de razão, ou seja “os loucos e defeituosos”, por não atingirem o grau de discernimento necessário para se autogovernarem de modo refletido e responsável, sendo esta a crítica essencialmente deixada pela teoria das capacidades (*capability approach*), desenvolvida por Martha Nussbaum e Amartya Sen.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> BARBERA, Augusto, “Le basi filosofiche del costituzionalismo”, in BARBERA, Augusto (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo — lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari: Laterza, 1997, pp. 14 e 15.

<sup>3</sup> GRIMM, Dieter, *Sovereignty — The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York: Columbia University Press, 2015, p. 33.

<sup>4</sup> HOBBS, Thomas, *Leviathan*, London: Peguins Book, 1985 (1651), I, Cap. XIV, § 64, p. 189; LOCKE, John, *An Essay Concerning Human Understanding*, London: Oxford University Press, 1894 (1690), p. 448; ib., *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*, ????: Digireads, 2015 (1690), p. 122, § 57; ROUSSEAU, Jean Jacques, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Paris: Librairie Générale Française, 1996 (1762), Livro I, Cap. II, p. 46.

<sup>5</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 11, 13 e 15.

<sup>6</sup> NUSSBAUM, Martha Craven, “Beyond the Social Contract: Toward Global Justice”, in PETERSON, Grethe B., *The Tanner Lectures on Human Values* 24, Salt Lake City: University of Utah Press, 2004, pp. 413-507; ib. *Frontiers of Justice — Disability, Nationality, Species Membership*, Har-

## 1.2. A “loucura” e as limitações da capacidade cognitiva

As doenças que não tinham uma manifestação orgânica ou física, como aconteceu com a epilepsia, foram inicialmente designadas como “doenças sagradas”.<sup>7</sup> Desde então houve sempre alguma dificuldade em encontrar uma explicação para a “loucura”, associando-se a mesma na antiguidade a manifestações dos deuses, por se encontrarem possuídos por estes, ou então, como qualquer doença, ao desequilíbrio dos humores, enquanto nos tempos medievais era essencialmente uma revelação do demónio ou uma punição divina, para, na modernidade, passar a ser uma consequência da indisciplina da mente, que deveria ser tranquilizada, designadamente através do isolamento. A “loucura” era essencialmente uma anormalidade, um transtorno de “coisas do corpo”, uma depravação ou mesmo uma bestialidade, sendo assim representada através da arte.<sup>8</sup> Foi só com o iluminismo e através da psiquiatria que a demência passou a ser considerada como uma anomalia psíquica, sendo-lhe atribuída um estatuto de doença mental.<sup>9</sup> Talvez por isso, continue a existir alguma propensão para focar a diminuição das capacidades mentais a partir dos constrangimentos físicos, sabendo-se que aquelas, mormente quando nos deparamos com estados de demência profundos, podem confundir ou mesmos paralisar uma resposta jurídica de preservação da autonomia dessa pessoa, porquanto as mesmas são completamente dependentes. Para estes a sociedades de iguais estará certamente mais distante.<sup>10</sup> E temos muitas dúvidas que uma “prática de pensamento assistido” seja a resposta global adequada, ainda que dirigido a um bem-estar ou bem comum, que não sabemos muito bem em que consiste<sup>11</sup> — poderá sê-lo nos casos mais leigos ou em que as anomalias sejam intermitentes, mas nos demais, designadamente nos casos mais graves, a assistência tem de ser total. Naturalmente que, nestas últimas situações, tem todo o sentido efetuar uma resposta jurídica que se centre muitas vezes num apoio total, em que se decide pela pessoa represen-

---

vard: Harvard University Press, 2007, pp. 98, 108 e 135; SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, London: Penguin Books, 2009, pp. 260/261. Veja-se ainda MITRA, Sophie, “The Capability Approach and Disability”, *Journal of Disability Policy Studies*, Vol. 16, No. 4, 2006 pp. 236-247.

<sup>7</sup> ACKERKNECHT, Erwin H., *Breve Historia de la psiquiatria*, Valencia: Universitat de València, 1993, p. 25.

<sup>8</sup> SCULL, Andrew, *Madness in Civilization — A Cultural History of Insanity from the Bible to Freud, from the Madhouse to Modern Medicine*, London: Thames & Hudson, 2016, p. 112-115.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel, *Maladie Mentale et psychologie*, Paris: PUF, 2010, pp. 76-89; entre nós sobre a noção de doença mental veja-se LOUREIRO, João Carlos, “Pessoa e Doença Mental”, *BFDUC*, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005 pp. 145-187, referindo-se às posições extremas, entre uma doutrina negativista ou antipsiquiátrica e uma doutrina maximalista ou generalista (148-150), aproximando-se da doutrina multidimensional e de um conceito complexo de doença mental (154/5).

<sup>10</sup> WOLFF, Jonathan, “Cognitive disability in a Society of Equals”, *Metaphilosophy*, Vol. 40, No. 3, 4, 2009, pp. 402-415 (404).

<sup>11</sup> SILVERS, Anita; FRANCIS, Leslie P, “Thinking About The Good: Reconfiguring Liberal Metaphysics (or not) for People With Cognitive Disabilities”, *Metaphilosophy*, Vol. 40, N.ºs 3, 4, 2009, pp. 475-498 (402/4), sustentam indiferenciadamente essa resposta.

tada.<sup>12</sup> Mas tal só sucederá nos casos em que não exista, de modo nenhum, qualquer capacidade informativa, deliberativa e funcional. Isto não significa que o paradigma dos institutos jurídicos respeitante às capacidades civis não tenha de ser alterado, conforme melhor explanaremos adiante, transpondo-se de um modelo de substituição para um modelo de apoio, mesmo nos casos de anomalia psíquica, porquanto esta não é uniforme e nem sempre é aniquiladora das funcionalidades de discernimento.

### 1.3. Da deficiência à discapacidade

Muito embora nenhum dicionário de português integre a palavra *discapacidade*, não vemos razões sérias que obstem à sua formação, antes pelo contrário. Desde logo, por se tratar de uma exigência conceptual, ancorada numa perspetiva distinta sobre a deficiência, estando suportada por novos estudos.<sup>13</sup> Depois, porque o léxico de uma língua é sempre um “perfeito organismo vivo”, expelindo uns elementos e adquirindo outros.<sup>14</sup> Para o efeito recordamos que o prefixo grego *dys* tem o significado comum de mau funcionamento, dificuldade (v.g. *dispneia* = dificuldade em respirar, gr. *dñspnoia*), enquanto o prefixo latino *dis* tem o sentido de afastamento, negação, o mesmo se passando com prefixo latino *in*, pois este é igualmente associado a negação.<sup>15</sup> Por sua vez, capacidade deriva do latim *capacitas*, que significa faculdade, habilidade. Acresce, que traduzir literalmente “disability” por deficiência não só é um equívoco, face à proximidade da noção de “impairment” e de “ability”,<sup>16</sup> como é revelador de um desconhecimento constrangedor sobre a evolução dos modelos explicativos das pessoas com capacidades diminuídas, como adiante passaremos a referenciar. Assim, uma pessoa discapacitada é aquela que tem uma limitação, dificuldade ou mesmo carência de afirmação ou desenvolvimento das suas faculdades ou aptidões (condição pessoal), que em conjugação com o meio ambiente, causa uma limitação das suas funcionalidades

<sup>12</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde na Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Principios Generales, Aspectos Centrales e Implementación en la legislación Española”, *REDUR*, N.ºs 10, 2012, pp. 61-94 (75)

<sup>13</sup> EDWARDS, Steven, *Disability — Definitions, value and identity*, Oxford: Radcliffe, 2005, pp. 5-9; FERGUSON, Philip M.; NUSBAUM, Emily, “Disability Studies: What Is It and What Difference Does It Make?, *Research & Practice for Persons with Severe Disabilities*, Vol. 37, N.ºs 2, 2012, pp. 70-80, traçam uma panorâmica essencialmente anglo-saxónica.

<sup>14</sup> NUNES, Joaquim José, *Compêndio de Gramática Histórica Portuguesa (Fonética e Morfologia)*, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 19?? (5.ª Edição), p. 355, considerando que a formação de palavras tinha origens (i) populares, mediante derivação ou composição, (ii) literária ou de (iii) “importação estranha”, tendo o seu *substratum* no latim, surgindo a sua ampliação por razões estéticas ou de enriquecimento lexical.

<sup>15</sup> *Grande Dicionário de Língua Portuguesa*, Porto: Porto Editora, 2004, pp. 511 e 845.

<sup>16</sup> *Dicionário de Inglês-Português*, Porto: Porto Editora, 2005, p. 2 *ability*: aptidão, capacidade, competência; p. 216 *disability*, deficiência, incapacidade; p. 427 *impairment*, disfunção, insuficiência; imperfeição.

(capacidade funcional), tendo-se uma compreensão flexível e não estática das mesmas.

## 2. A DEFICIÊNCIA NOS TEMPOS DOS DIREITOS HUMANOS: OS MODELOS EXPLICATIVOS

### 2.1. O modelo de supressão

As pessoas com deficiência foram num primeiro momento consideradas como desnecessárias ou mesmo inúteis, por não poderem ser economicamente vantajosas para a sociedade ou por quebrarem a harmonia da natureza, sendo normalmente associadas a uma “desgraça divina”.<sup>17</sup> Este paradigma, que se iniciou na antiguidade clássica, aqui com um discurso essencialmente religioso, manteve-se ao longo dos tempos, surgindo com um certo ênfase nos fins de 1800, enquanto reflexo de um darwinismo social, acentuando-se às vezes uma tendência eugénica e noutras ocasiões uma propensão de ostensiva marginalização, podendo-se encontrar a partir destas duas vertentes a existência de correspondentes submodelos.

No eugenismo, que é implementado através de políticas de pureza de raça ou de normalidade do corpo, são conhecidas as medidas de eliminação física das pessoas com deficiência, como sucedeu nos primórdios da civilização helénica e romana<sup>18</sup> — a Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*) permitia que o pai matasse o filho nascido disforme (T IV, 1). Estes propósitos de “raça pura” ressurgiram com as políticas de esterilização forçada, que foram amplamente implementadas no fim do século XIX e princípio do século XX, mormente nos E.U.A., onde foi promovido por Harry H. Laughlin o “Modelo Legal de Esterilização Eugénica” (*Model Eugenical Sterilization Law*), o qual serviu de inspiração a diversas leis federais norte-americanas, tendo também tido fortes repercussões na Alemanha Nazi.<sup>19</sup> A marginalização, cuja principal finalidade era a exclusão das pessoas com deficiência, teve o seu auge no decurso da Idade Média, através de políticas e práticas de institucio-

<sup>17</sup> AGUADO DIAZ, Antonio Leon, *Historia de las Deficiencias*, Madrid: ELE — Fundacion Once, 1995, p. 47.

<sup>18</sup> GARLAND, Robert, *The Eye of Beholder: Deformity and Disability in the Graeco-Roman World*, London: Bristol Classical Press, 2010 (1.ª Ed. 1995), onde alude a estes exemplos de deformidade congénita e a uma política de “racial deformity”.

<sup>19</sup> LAUGHLIN, Harry Hamilton, *Eugenical Sterilization in the United States, A Report of the Psychopathic Laboratory of the Municipal Court of Chicago*, 1922, pp. 446-452; STERN, Alexandra Minn, “STERILIZED in the Name of Public Health: Race, Immigration, and Reproductive Control in Modern California, *American Journal of Public Health*, 95 (7), 2005, pp. 1128-1138; KLINE, Wendy, “Eugenics in the United States”, in BASHFORD, Alison; LEVINE, Philippa (Edited by), *The Oxford Handbook of the History of Eugenics*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 511-522, (517); KÜHL, Stefan, *The Nazi Connection — Eugenics, American Racism and German National Socialism*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 11 e 39.

nalização, em que este sistema de clausura, cada vez mais especializado e difundido, coexistia com um sistema de caridade.<sup>20</sup>

Neste modelo a pessoa é reduzida a um mero objecto, destituído de quaisquer direitos, cabendo sempre a decisão a quem detém o poder, tratando-se, por isso, de uma *relação vertical* onde predomina a *arbitrariedade* e o *despotismo*. A crítica deste modelo é simples e óbvia, porquanto qualquer pessoa, independentemente da sua condição física e mental, é um sujeito de direitos, o que aqui é completamente negado.

## 2.2. O modelo médico ou reabilitador

A deficiência passou, depois, a ser considerada como uma patologia, dizendo essencialmente respeito ao próprio indivíduo, centrando no mesmo as respetivas soluções, as quais incindiriam na correspondente anomalia corporal, tanto física, como psíquica, de modo que a mesma fosse tendencialmente superada. O seu ponto de partida é a realidade biológica e o seu ponto de chegada é a intervenção reabilitadora e médica nas funcionalidades individuais que se encontram limitadas.<sup>21</sup> Daí que o seu enfoque seja na reabilitação das enfermidades ou deficiências que afectam as funcionalidades de um indivíduo, de modo que este possa ter uma vida normal, segundo os parâmetros comumente institucionalizados. Essa reabilitação tem um cariz médico e paternalista, tendo como seu paradigma a normalidade, pelo que os principais obstáculos ou dificuldades a superar residem na própria pessoa, na natureza da deficiência e no respetivo grau de impedimento.

Este modelo, que surgiu com o modernismo, desenvolveu-se predominantemente no fim da I Guerra Mundial em relação aos mutilados de guerra e depois com os sinistrados de acidentes de trabalho, sendo a legislação que o suporta de cariz essencialmente prestacionista e paternalista, seja a nível da segurança social, seja no âmbito de prestação de serviços de apoio ou dos institutos jurídicos, como a inabilitação ou interdição. Como se tratava de um problema individual e para optimizar os resultados da assistência, haveria que agregar esses veteranos de guerra ou sinistrados do trabalho, o mesmo se passando com as crianças ou adultos deficientes, tanto a nível educacional, criando-se escolas ou salas de aula separadas, como ao nível do lazer ou hospitalar, nestes casos através de hospitais ou clínicas de reabilitação ou psiquiátricas, deixando-se a sua avaliação e decisão aos peritos médicos — o papel dos tribunais era praticamente de *chancela homologatória* da decisão médica.

<sup>20</sup> STIKER, Henri-Jacques, ob. cit., 2009, p. 86; METZLER, Irina, *A Social History of Disability in the Middle Ages: Cultural Considerations of Phusical Impairment*, New York: Routledge, 2013, pp. 12-35.

<sup>21</sup> WILLIAMS, Gareth, in "Theorizing Disability", in ALBRECHT, Gary L.; SEELMAN, Katherine D.; BURY, Michael (editors), *Handbook of Disabilities Studies*, London: Sage, 2001, p. 125.

Neste modelo a pessoa é um quase-objecto, destituído dos mais elementares direitos, cabendo sempre a decisão ao respectivo profissional, continuando a tratar-se de uma relação vertical mas onde predomina uma visão médica e paternalista.

A principal crítica a este modelo, para além de outras que possam ser apontadas, vai em dois sentidos, um de carácter objectivo e outro subjetivo. O primeiro é que o mesmo ignora completamente a realidade social e não considera minimamente os impedimentos que existem na sociedade, os quais funcionam como factores de exclusão das “pessoas com deficiência” — não ter um multibanco acessível para uma pessoa anã é ainda hoje um procedimento aceite com naturalidade ou então não existirem passeios por onde circule com facilidade uma cadeira de rodas. O segundo reside na desconsideração e quase anulação dos ditos deficientes como sujeitos de direitos, reduzindo-os a objetos da intervenção reabilitadora dos profissionais de saúde.

### 2.3. O modelo social

A diminuição das capacidades deixou de ter uma leitura exclusivamente subjetiva, assente na deficiência, enquanto problema exclusivamente individual, para passar a ter conotações predominantemente sociais, sendo estas que limitam as capacidades funcionais das pessoas, pois é na sociedade que se encontram as barreiras que dificultam a inclusão daquelas.<sup>22</sup> Por isso, a deficiência corresponde a uma construção social por parte de uma “maioria dominante” em relação a uma “minoría oprimida”, tanto sob o ponto de vista individual, como social.<sup>23</sup> Aliás, a própria designação de deficiência é um termo não só estigmatizante mas também redutor, porquanto ofusca totalmente os obstáculos económicos, sociais, culturais, arquitectónicos e outros que obstam à inclusão social daqueles que apresentam limitações físicas, sensoriais ou/e intelectuais da sua capacidade. Por isso, é preferível uma linguagem inclusiva, que ultrapasse a concepção individual da deficiência,

<sup>22</sup> OLIVER, Michael, “A New Model of the Social Work Role in Relation to Disability”, in CAMPING, Jo (ed.), *The Handicapped Person: a New Perspective for Social Workers?* London: RADAR, 1981, pp. 19-32; OLIVER, Michael, *The Politics of Disablement*, Basingstoke: Macmillan, 1990; BARNES, Colin; MERCER, Geof, “Theorising and Researching Disability from a Social Model Perspective”, in BARNES, Colin; MERCER, Geof (Edited by), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Leeds: Disability Press, 2004, pp. 1-17; SHAKESPEARE, Tom, “The Social Model of Disability”, in Davis, Lennard J. (Edited by), *The Disability Studies Reader* (Second Edition), New York: Routledge, 2006, pp. 197/204 (200/202).

<sup>23</sup> ABBERLEY, Paul, “The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability”, *Disability, Handicap and Society*, Vol. 2, No. 1, 1987, pp. 5-19; HUGHES, Bill, “The Constitution of Impairment: modernity and the aesthetic of oppression”, in *Disability & Society*, Vol. 14, No. 2, 1999, pp. 155-172, este numa visão mais radical; LARA, Jiménez António, ob. cit., 2007, p. 188.

en quanto condição pessoal, e dê relevância às capacidades funcionais e às suas variabilidades en quanto situação disfuncional.

Esta nova forma de encarar a deficiência surgiu ligada ao movimento para uma vida independente, despoletado nos fins de 1960 e acentuado na década seguinte, visando-se, através do mesmo, superar as limitações daquele modelo de reabilitação. Mas não se limitava a ser uma antítese daquela concepção tradicional e liberal da deficiência, pois passava a assentar o seu paradigma na predominância dos direitos das pessoas com deficiência e na interação destas com o seu envolvimento ambiental, apostando na eliminação das barreiras existentes na sociedade, como solução para as situações de exclusão e de marginalidade em que aquelas se encontravam. Neste modelo reconheceu-se que as pessoas cuja capacidade se encontra limitada podem ser agentes e beneficiários do desenvolvimento social, a quem devem ser conferidos todos os direitos e num plano de igualdade com os demais cidadãos. Isto significa que o pivot do seu projeto de vida é ele próprio, assentando exclusivamente nas suas deliberações, mas as mesmas devem ter o suporte da comunidade, através de políticas sociais que as possam assegurar.

As críticas a este modelo residem na concepção generalista que a mesma tem da deficiência e na desatenção dada aos impedimentos físicos e mentais que podem afectar o pleno exercício das capacidades de cada um, os quais podem ser efetivamente limitadores.<sup>24</sup> E mediante esta generalização ignora-se a diversidade das deficiências ou discapacidades, não se dando nenhuma resposta a quem não tenha uma autonomia decisória, como sucede com as pessoas que padecem de graves e profundas anomalias psíquicas.<sup>25</sup> A referida desatenção à condição de deficiência em si, que tem como contrapartida a hipervalorização dos constrangimentos sociais, que são, é certo, uma realidade, não permite aceitar as causas morfológicas geradoras de limitação das capacidades e dirigir às mesmas uma solução reabilitadora ou médica, que muitas vezes é necessária.

## 2.4. O modelo biopsicossocial

A diminuição das capacidades não tem apenas uma leitura individual ou social, sendo antes uma conexão entre os diversos factores pessoais, sociais e ambientais, os quais permitem perceber quando estamos perante uma pessoa com capacidade diminuída, sendo uma alternativa aos modelos

---

<sup>24</sup> CROW, Liz, "Including all of our lives: Renewing the Social Model of Disability", in COLIN, Barnes; MERCER, Geof (Edited), *Exploring the Divide: Illness and Disability*, Leeds: The Disability Press, 1996, pp. 55-72; SHAKESPEARE, Tom; WATSON, Nicholas, "The social model of disability: an outdated ideology?" *Journal Research in Social Science and Disability*, Vol. 2, 2002, pp. 9-28.

<sup>25</sup> SEOANE, José Antonio, ob. cit., 2012, p. 17.

estritamente médicos e sociais.<sup>26</sup> O mesmo tem sido sugerido com base numa classificação aprovada pela OMS, atendendo-se inicialmente aos seus antecedentes, depois à sua razão de ser, percebendo-se, finalmente, em que a mesma consiste.

A OMS apresentou em 1980 aquilo que designou por “International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps” — ICIDH (“Classificação Internacional de Deficiência, Incapacidades e Desvantagens” — CIDID). Essa primeira classificação girava em torno de três conceitos chaves que seriam “impairments” (deficiências), “disabilities” (incapacidade) e “handicaps” (desvantagens) que tinham um significado específico, sendo a mesma uma manifestação do modelo médico, assente numa catalogação subjetiva da deficiência e das capacidades. E isto porque a deficiência tinha uma conotação essencialmente individual e, por isso, desligada de qualquer factor social. Por outro lado, a deficiência enquanto lesão corporal seria a principal causa de exclusão social, em virtude da mesma ser reveladora de uma incapacidade de adaptação à vida social.

Após estudos e tentando ultrapassar as críticas que lhe foram dirigidas, a OMS aprovou em 22 de Maio de 2001 (resolução WHA 54.21) a “International Classification of Functioning, Disability and Health” — ICF (“Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde” — CIF). Através desta pretendeu-se como se diz no seu texto “proporcionar uma linguagem unificada e padronizada assim como uma estrutura de trabalho para a descrição da saúde e de estados relacionados com a saúde. A classificação define os componentes da saúde e alguns componentes do bem-estar relacionados com a saúde (tais como educação e trabalho)”. Trata-se de classificações respeitantes aos domínios da saúde ou relacionados com esta, tendo por base o corpo, o indivíduo e a sociedade, que incidem sobre as funções e as estruturas do corpo, bem como as atividades de participação, mas agora relacionando as mesmas com os demais factores ambientais. Nesta classificação o termo funcionalidade (“functioning”) integra todas as funções do corpo humano, enquanto o conceito de incapacidade (“disability”) inclui tanto as deficiências, como as limitações de atividade e as restrições de participação. Daí que este documento corresponda a uma grelha plural de perfis funcionais e de limitação das capacidades do corpo humano nos domínios da saúde. No entanto, não se trata de uma mera descrição de perfis, pois avança com conceitos e definições de modo a estabelecer uma classificação padronizada e operativa ao nível de uma “relação complexa” entre as condições individuais de saúde, os factores pessoais e ambientais. A mesma tem um carácter universal, ou seja, é dirigida a toda a humanidade e não a um grupo específico de pessoas, designadamente às pessoas com deficiência ou discapacidade, unificando conceitos e definições.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BARNES, Colin, MERCER, Geof, ob. cit., 2010, pp. 36-42.

<sup>27</sup> BARNES, Colin; MERCER, Geof, *Exploring Disability* (Second Edition), Cambridge: Polity Press, 2010, pp. 36-40, explicitam este modelo, os seus antecedentes e evolução.

Pese embora a preponderância que a CIF tenha tido naqueles que apostavam numa síntese qualitativa entre o modelo individual ou de reabilitação e o modelo social, assim como na influência que a mesma veio ter na elaboração da futura CDPD, temos algumas dificuldades em considerá-la como um modelo explicativo das deficiências em geral. E isto porque o que nos é essencialmente apresentado é antes uma listagem (“*check list*”) classificativa específica, que complementa uma outra classificação mais generalista da OMS designada por “Classificação Internacional de Doenças — décima revisão” (CID-10; IDC-10).

## 2.5. O modelo da diversidade

Mais recentemente tem surgido uma concepção que considera a limitação das capacidades como uma dimensão natural de todas as pessoas, que nuns casos se manifesta de uma forma mais acentuada. Segundo este modelo a deficiência em si e propriamente dita não é uma doença, devendo as pessoas com discapacidades ser reconhecidas na sua especificidade como “*social persons*” e mediante um estatuto específico, manifestando-se contrários a qualquer política social e cultural de homogeneização das deficiências, que teria por base uma “normalidade” que não existe.<sup>28</sup> Aliás, acentua-se que a deficiência, enquanto diversidade, até tem virtualidades, sendo uma fonte de talento que a “normalidade” não reconhece e pretende anular, seja com estratégias de segregação ou então de assimilação.<sup>29</sup>

Esta perspectiva, assente nalguns pressupostos do modelo social e no movimento para uma vida independente, acentua, no entanto, a identidade das pessoas com deficiência, que integram um “grupo social” como qualquer outro, cuja diferença se deve valorar positivamente. Isso significa, neste enfoque, aceitar a humanidade na sua biodiversidade e recusar o seu estreitamento, não aceitando a interrupção voluntária da gravidez por motivos de eugenismo ou mesmo a eutanásia activa no caso de nascimento de crianças com acentuadas deformidades físicas ou psíquicas.

Muito embora se reconheça a especificidade das pessoas com deficiência e que as mesmas, nalguns casos, apresentem virtualidades que outros não têm,<sup>30</sup> o certo é que temos algumas dificuldades em conceber e generali-

<sup>28</sup> SILVERS, Anita, “Formal Justice”, AA.VV, *Disability, Difference, Discrimination*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1998, pp. 23 e 24, 77-85 e 141-145; PALACIOS, Agustina; ROMAÑACH, Javier, *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Madrid: Diversitas- AIES. 2006, pp. 185-212.

<sup>29</sup> SILVERS, Anita, “No Talent? Beyond the Worst Off! A Diverse Theory of Justice for Disability”, BROWNLEE, Kimberley; CURETON, Adam (Editors), *Disability and Disadvantage*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 191.

<sup>30</sup> Tal sucedeu na Polícia Belga, ao criar uma unidade especial com pessoas cegas, cuja função específica era proceder à audição de escutas telefónicas, pois aquelas mostram-se mais aptas a distinguir e identificar as vozes dos alvos escutados, conforme notícia acedida em

zar a sua validade, com o sentido de existir a necessidade da sua implementação, como forma a preservar a diversidade e as suas virtudes. Este acentuar excessivo da identidade da(s) deficiência(s), pode até resultar num reverso de posicionamento de atitudes paternalistas, agora de preservação da deficiência.<sup>31</sup>

## 2.6. O modelo dos direitos

Na confluência destes últimos modelos surgiu a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD),<sup>32</sup> que não veio consagrar novos direitos humanos, mas apenas concretizar os mesmos, tendo em atenção as especificidades das pessoas em causa. A mesma é uma especificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH),<sup>33</sup> sendo aquela um *ius singulare* desta *ius commune*.<sup>34</sup> Assim, a partir deste sistema jurídico universal, integrado por “um núcleo de direitos humanos básicos que possuem validade eterna”, pois dirigem-se a todos os seres humanos, independentemente do tempo e do espaço, os quais e, por isso mesmo, se caracterizam por serem universais (i), fundamentais (ii), abstractos (iii), terem validade moral (iv) e prioridade (v), podemos encontrar exigências específicas de justiça.<sup>35</sup>

Daí que, à renovação e especificação dos direitos humanos estejam associadas expectativas fundadas, legítimas e justas da sua realização, as quais partem essencialmente de exigências de quem se encontra numa posição de maior vulnerabilidade. E as tais deficiências, entendidas enquanto intercepção da sua componente individual com as condições exteriores, podem gerar situações de acentuada vulnerabilidade e de subsequente

---

02/08/2016, no sítio [http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2007/12/08/les-experts-aux-lunettes-noires\\_987336\\_3208.html](http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2007/12/08/les-experts-aux-lunettes-noires_987336_3208.html).

<sup>31</sup> Neste sentido SEOANE, José António, “La Respuesta Jurídica a la Discapacidad: El Modelo de los Derechos”, in BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores; BIEL PORTERO, Israel, *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad — Incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 20, chamando precisamente a atenção que aceitar as discapacidades não é a mesma coisa que promover as mesmas.

<sup>32</sup> Aprovada em Nova Iorque em 30 de março de 2007 e reconhecida no ordenamento jurídico português pela Resolução da Assembleia da República (Res. A.R.) de 56/2009, DR I, n.º 146, de 30/jul./2009, tendo a Res. A. R. de 57/2009, da mesma data, aprovado o Protocolo Opcional.

<sup>33</sup> Na sua designação seguimos a Res. da A. R. n.º 39/2013, de 08/mar./2013 (DR I, n.º 65, de 03/abr./2013) e recomendação da mesma, substituindo a referência a “Direitos do Homem” por “Direitos Humanos”, o que se fará também doravante, quando for caso disso.

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi, 2014, p. 29, (1990), dando como exemplo a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 em relação à DUDH; BOVEN, Theo van, “Categories of Rights”, AA.VV *International Humans Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 184-185.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Granada: Comares, 2010, pp. 62, 66, 80-82.

desigualdade.<sup>36</sup> Daí que, no panorama das vulnerabilidades, as deficiências sejam, sem dúvida, uma daquelas situações sociais que surgem mais desprotegidas, muitas vezes acompanhando a pobreza, exigindo, por isso, *respostas reforçadas*, de modo a possibilitar e a garantir uma *vida digna compatível*, sob o ponto de vista moral, político e jurídico, mormente através dos direitos humanos. Foi neste panorama que surgiu a designada CDPD, afirmando-se a mesma, de forma sustentada, como um quadro jurídico institucionalizado, de onde sobressai um *novo paradigma justfundamental* na resposta jurídica às deficiências e às incapacidades.<sup>37</sup> A mesma em relação às pessoas com capacidades diminuídas estabelece um *modelo de direitos*, fazendo-o de um modo integral, universal e juridicamente vinculante, tanto nas relações verticais, com o Estado, como nas relações horizontais, com terceiros, reconhecendo-as como pessoas e sujeitos de direitos.<sup>38</sup> Isto significa que as mesmas têm um papel a desempenhar na sociedade, assegurando-se a sua dignidade humana, autonomia e a igualdade com os demais, reforçando-se a solidariedade com as mesmas. A consagração deste modelo de direitos passa, entre outras coisas, por reconhecer aos mesmos capacidade para agir numa vida independente e autónoma, concedendo-lhes adequados mecanismos jurídicos para exprimir a sua liberdade de decisão e de atuação.

### 3. A CONSTITUIÇÃO DE ABRIL E AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA: UMA LEITURA DIALÓGICA

As primeiras referências constitucionais sobre aquilo que se designou por “deficiência” ou “invalidez” encontram-se nas Constituições de França de 1946, através do seu Preâmbulo,<sup>39</sup> e de Itália de 1948<sup>40</sup>. A partir das mesmas traça-se a existência de um direito de assistência social, impondo-se uma obrigação prestacional ao Estado, como reflexo de um dever de solidariedade

<sup>36</sup> Wolff, Joananthan, “Disability among equals”, BROWNLEE, Kimberley; CURETON, Adam (Editors), *Disability and Disadvantage*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 125.

<sup>37</sup> SEOANE, José António, “Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma”, *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Vol. 35 (1), N. 209, 2004, pp. 20-50; STEIN, Michael Ashley, “Disability Human Rights”, *California Law Review*, Vol. 95, 2007, pp. 75-122; PALACIOS, Agustina; BARIFFI, Francisco, *La Discapacidad como una cuestión de derechos humanos — una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Cinca, 2007, p. 11.

<sup>38</sup> QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia, *Human Rights and Disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability*, New York, Geneva: United Nations, 2002; ASÍS, Rafael de; BARIFFI, Francisco; PALACIOS, Agustina, “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, in LORENZO, Rafael de; PÉREZ BUENO; Luis Cayo (Directores), *Tratado sobre Discapacidad*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 98-105.

<sup>39</sup> “11. (...) Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l’incapacité de travailler a le droit d’obtenir de la collectivité des moyens convenables d’existence”.

<sup>40</sup> Artigo 38.º, § 2.º “I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”.

dade social, de modo a assegurar um mínimo de condições de existência para essas pessoas consideradas como “inválidas”.

### 3.1. O estatuto constitucional das “pessoas portadoras de deficiência”

A Constituição de 1976 seguiu este caminho através do seu artigo 71.<sup>o</sup>,<sup>41</sup> conferindo um *estatuto constitucional* às “pessoas deficientes”, que depois passou por designar como “pessoas portadoras de deficiência”.<sup>42</sup> A generalidade dos comentadores de referência considera que esta disposição corresponde a um *reforço dos direitos* dessas pessoas, salientando, através do seu n.<sup>º</sup> 1, a sua vertente negativa ou dimensão preceptiva, que genericamente invalidaria qualquer *capitis diminutio*, associando-o ainda ao princípio da igualdade consagrado no artigo 13.<sup>º</sup> da Constituição, e traçando, mediante o seu n.<sup>º</sup> 2, uma vertente positiva ou uma dimensão programática, através do reconhecimento de um dever prestacional por parte do Estado.<sup>43</sup> A partir deste preceito também se alude a um “direito especial de igualdade”.<sup>44</sup>

Apesar destes comentários, que não deixamos genericamente de partilhar, consideramos que a manutenção do normativo em causa, tal como está, pode suscitar algumas ambiguidades, que a nosso ver são genéticas e podem confundir o sentido constitucional relativamente à tutela de direitos das pessoas com capacidades diminuídas, por razões físicas ou mentais. Desde logo porque o reconhecimento desse estatuto não se encontra no âmbito do regime dos “direitos, liberdades e garantias”, sendo sabido que estes gozam de uma efetividade direta e vinculante (18.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 Const.), pelo que os direitos fundamentais dos “cidadãos portadores de deficiência” esta-

<sup>41</sup> Tal preceito na sua redação original estabelecia que “1. Os cidadãos física ou mentalmente deficientes gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontram incapacitados. 2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos deficientes, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.”.

<sup>42</sup> ARAÚJO, António, *Cidadãos Portadores de Deficiência — O seu lugar na Constituição da República*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 41-45, traça um sucinto e oportuno quadro dos trabalhos preparatórios sobre este artigo 71.<sup>º</sup>, tanto na sua origem, como na subsequentes revisões, decorrentes das Leis Constitucionais 1/89 e 1/97, tendo a primeira acrescentando o seu n.<sup>º</sup> 3, onde se passou a consagrar o apoio estadual às associações nesta área, enquanto a segunda operou a referida “revisão linguística”.

<sup>43</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 878/862; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 1392-1402, sendo a anotação do segundo. REBELO DE SOUSA, Marcelo; ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa: Lex, 2000, pp. 182/183 foram mais “acanhados” nos seus comentários, incidindo essencialmente o mesmo no n.<sup>º</sup> 3 deste artigo 71.<sup>º</sup>, estranhando que aí não tivessem sido contempladas as organizações familiares de tais cidadãos.

<sup>44</sup> LOUREIRO, João Carlos, ob. cit., 2005, p. 175.

riam enfraquecidos, revestindo-se de uma menor força jurídica. Por sua vez, a sua deslocação sistemática para os “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, mais precisamente para aqueles de natureza social, faz crer, à primeira vista, que os mesmos são estritamente direitos sociais, cuja implementação estaria sempre condicionada e subordinada à gestão programática da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). Tanto é assim, que no direito à segurança social e de acordo com o artigo 63.º, n.º 1 e 4 — agora n.º 3 — da Constituição, já se fazia referência à proteção da “invalidez”. Por último, aceitando-se acriticamente esta deslocação normativa e a natureza estritamente social desse direito, podíamos pensar, naturalmente numa “noite de insónia constitucional”, que os “cidadãos portadores de deficiência” estariam afastados dos clássicos direitos civis e políticos, ao contrário do que sucede com os demais cidadãos. Tanto mais que o citado artigo 71.º, n.º 1, ao consagrar uma plenitude de direitos e deveres constitucionais, logo excepcionava que “com a ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrarem incapacitados”. Assim, podíamos ser tentados a pensar que existe um nítido fosso constitucional entre os cidadãos em geral, por um lado, os quais teriam um estatuto pleno de capacidades, e os cidadãos da deficiência, por outro lado, com um estatuto limitado às suas capacidades, passando a existir distintos *jus status civitatis*.

Mas não cremos que tal suceda, por três razões de natureza substantiva e uma outra meramente formal. A primeira seria a criação de uma *capitio diminutio*, a qual não é compatível com a dignidade humana (1.º Const.), por quanto isso seria reduzir um ser humano à condição de quase-objeto, de mera instrumentalidade, negando-lhe, na prática, “o direito a ter direitos”, para se usar uma expressão conhecida de Anna Harendt.<sup>45</sup> Na sequência disso, e esta seria a segunda razão, a proclamação constitucional da universalidade dos direitos (12.º Const.) passaria a estar seriamente contundida, a não ser que se tivesse uma compreensão do mesmo como uma mera quimera constitucional. Por sua vez, e esta seria a terceira razão, uma diminuição de direitos por estritos motivos naturais relacionados com uma capacidade diminuída, afrontaria o princípio da igualdade (13.º Const.), conforme melhor explicitaremos adiante. A quarta razão decorre da falta de previsão constitucional expressa, na versão originária da Constituição, de um segmento normativo que expressasse o princípio constitucional da intervenção mínima das restrições dos direitos, mediante critérios de ponderada proporcionalidade, como sucede atualmente com o disposto no artigo 18.º, n.º 2, parte final — este apenas surgiu com a Lei Constitucional 1/82.<sup>46</sup> A ser assim, é perfeitamente aceitável que os cons-

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Orlando (Florida): Harcourt Brace & Company, 1979, p. 298.

<sup>46</sup> Sobre os fundamentos das restrições aos direitos fundamentais, veja-se na doutrina nacional e por todos REIS NOVAIS, Jorge, *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 289-361, sugerindo a existência, sob inspiração da doutrina germânica, de três modelos: i) o *externo*, partindo de um concepção liberal dos direitos e de defesa ou garantia dos mesmos, de modo que as res-

tituintes de 1976 ao estabelecerem nesse artigo 71.º, n.º 1 uma previsão de direitos e deveres dirigida a pessoas cuja capacidade estivesse diminuída, logo justificassem a sua limitação em função dessa mesma deficiência.

### 3.2. O direito à igualdade

O artigo 13.º, n.º 1 da Constituição consagra que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”, indicando-se no seu n.º 2 um conjunto de factores exemplificativos que, só por si, são objetivamente infundados para privilegiar ou discriminhar.<sup>47</sup> Tal dispositivo deve ser integrado normativamente pelo artigo 6.º da DUDH, segundo o qual “Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei”, daqui decorrendo uma *igualdade perante a lei*, com um carácter formal, e uma *igualdade de protecção da lei*, com um carácter substantivo. E quando estão em causa as pessoas com capacidades diminuídas haverá que recorrer à CDPD, estabelecendo no seu artigo 5.º, n.º 1 que “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e nos termos da lei e que têm direito, sem qualquer discriminação, a igual protecção e benefício da lei”, acrescentando no seu n.º 2 que “Os Estados Partes proíbem toda a discriminação com base na deficiência e garantem às pessoas com deficiência protecção jurídica igual e efetiva contra a discriminação de qualquer natureza”. A Lei 46/2006, de 28/ago. (DR I, n.º 165), que estabeleceu o regime jurídico de proibição e de punição da discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado para a saúde, veio, por sua vez, indicar as noções legais de discriminação negativa direta e indireta (artigo 3.º, al. a) e b), assim como indicar, de modo exemplificativo, algumas dessas práticas discriminatórias (artigo 4.º), podendo ser, para o efeito, um importante auxiliar infraconstitucional.

Mas em que consiste essa igualdade? A propósito existe uma compreensão deficiente — e aqui é mesmo deficiente — do significado e alcance da igualdade, gerando equívocos, muitas vezes legislativos, havendo até distintos graus de tutela, uns mais fortes, outros mais ligeiros, quando estão em causa factores discriminatórios.<sup>48</sup> Por sua vez, tem sido difícil compreender

---

trições são extrínsecas (Carl Schmitt; Forsthoff; Schlink; Eckhoff); ii) o *interno*, sustentando uma teoria institucional dos direitos fundamentais, sendo as restrições de previsão constitucional, seja de expressa delimitação, seja de conformação legislativa, as quais estão sempre comprimidas por outros valores constitucionais (Peter Häberle); iii) o *combinado*, entre normas-princípios, sujeitos a ponderação, e normas-regras, que se aplicam ou não (Robert Alexy).

<sup>47</sup> Aquele artigo 13.º, n.º 1 é a transcrição do artigo 3.º, §1 da Constituição Italiana, segundo o qual “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, ...”.

<sup>48</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la Igualdad*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 16/17, refere-se a esse equívocos, resultante da proximidade com outros princípios (liberdade, justiça, bem comum), da sua percepção ao longo dos tempos (realidade, fantasia ou símbolo), bem como nas suas raízes na Grécia antiga, entre o significado de *isonomia* (igualdade perante a lei), *isegoria* (igual liberdade de expressão e pensamento) e *isotimia* (igualdade de

o significado das deficiências, apesar das mesmas assumirem uma enorme relevância no contexto dos direitos humanos, já que as pessoas nessa condição ou situação são sujeitas a elevados graus de exclusão social, estando nas margens da concessão de oportunidades ou de obtenção de resultados.

A igualdade, como se sabe, é uma exigência de máxima justiça. A destriňa mais comum é entre o seu carácter formal, por um lado, e substancial, por outro lado, havendo, no entanto, quem prefira distinguir a igualdade de *iure* da igualdade de *facto*.<sup>49</sup> Muito embora haja esta diferenciação, cremos, numa perspectiva racional e prática, que as mesmas estão interconexionadas, ou seja, são as duas faces, a cara e coroa, da igualdade.

A *igualdade formal* é essencialmente concebida como *uma igualdade perante a lei*, perspetivando-se a mesma como dinâmica e não como estática, de modo a superar a perpetuidade de certas assimetrias que a estagnação pode gerar. Para se perceber o sentido útil da opção por uma ou outra perspetiva, vamos recorrer a dois exemplos, a partir das pessoas cegas. O primeiro, é o exercício do direito ao sufrágio universal (10.º, n.º 1 Const.), que é uma prerrogativa de todos os cidadãos com capacidade eleitoral ativa (49.º Const.), onde apesar de estar consagrado a natureza secreta e pessoal do mesmo, o certo é que as pessoas cegas têm de votar acompanhados. O segundo, é a utilização quotidiana das notas de euro mais correntes, como são as de 10 ou 20 euros, existindo uma acentuada dificuldade para aqueles distinguirem isoladamente aquelas notas, uma vez que o seu tamanho é semelhante, estando a marca táctil reservada para as notas de 200 e 500 euros.<sup>50</sup> Assim, seguindo a conhecida máxima aristotélica de que o igual deve ser tratado de modo igual e o desigual de modo desigual ou então dando enfâse ao paradoxo Orwelliano de que todos somos iguais, mas há uns (normais) mais iguais que outros (deficientes), podemos, acentuando uma igualdade formal estática, manter perpetuamente um tratamento desigual e discriminatório — assim, sempre seria aceitável o referido voto por acompanhamento, ainda que nem seja secreto ou pessoal, bem como a inexistência de marca táctil para as notas correntes, pois, dir-se-á, trata-se de modo distinto o que é distinto.

---

acesso aos cargos públicos). Por sua vez, HOWARD, Erica, "The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 4, 2007, pp. 445-470, constata que na altura existia uma distinta legislação europeia anti-discriminatória consoante os factores em causa, sendo mais forte relativamente aos de raça, etnia e sexo e mais ligeira no que concerne à discapacidade (450).

<sup>49</sup> Seguimos a primeira distinção que é a tradicional e mais comum, enquanto a segunda é indicada por ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 367 (tradução de *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, ob. cit. 2005, p. 18 refere-se ainda à dimensão plural, relacional e comparativa da igualdade.

<sup>50</sup> *Genuinidade das Notas de Euro — Manual Destinado a profissionais bancários*, Lisboa: Banco de Portugal, 2010, p. 11, refere que a distinção das notas, em geral, se efetua pelo desenho, cor e tamanho. A exigência de distinção das notas para as pessoas cegas, chegou a ser colocada nos tribunais dos E. U. A., como relata EMENS, Elizabeth F., "Framing Disability", *University of Illinois Law Review*, No. 5, 2012, pp. 1383-1442 (1404/5).

Assim e numa leitura dinâmica da igualdade formal, tem-se sugerido a imposição de quatro variantes: (i) *generalidade*, que se desdobra em abstração e legalidade, implicando a proibição da arbitrariedade legislativa, quando esta é objetiva, ou seja, manifesta e notória; (ii) *equiparação* de situações quase coincidentes, aferindo-se as mesmas através de critérios de ponderação e relevância (v.g. os filhos nascidos no casamento e fora dele); (iii) *diferenciação* de situações efetivamente distintas, designadamente de marginalidade ou de minorias (v.g. refugiados políticos), carentes de medidas de equilíbrio, a realizar através dos critérios anteriores; (iv) *procedimento*, enquanto garantia funcional da regulamentação dos actos e do processo, tanto da sua prática, como da sua utilidade, ainda que possam existir objetivos distintos (v.g. o contraditório e a igualdade de armas no processo).<sup>51</sup>

Mas para reforçar esta igualdade formal, de cariz dinâmico, tem surgido a nível jurídico, mormente por parte de certa doutrina feminista e das minorias, a apologia de uma *igualdade substancial* dirigida para os acontecimentos e as circunstâncias da vida, sendo uma *igualdade na realidade*.<sup>52</sup> Tal não significa igualitarismo, mediante uma identidade ou homogeneidade total das situações.<sup>53</sup> Tentando densificar o seu *telos* e recorrendo à doutrina multidimensional da igualdade substantiva, podemos encontrar quatro critérios operativos: (i) o *identificativo*, de modo a reconhecer a marginalização ou outras diferenciações; (ii) o *redistributivo*, que visa corrigir as desigualdades decorrente das diferenciações; (iii) o *transformativo*, de modo a superar as diferenciações intoleráveis, estabelecendo as ações afirmativas para a mudança; (iv) o *inclusivo*, a realizar através da integração.<sup>54</sup>

A partir daqui facilmente percebemos que a *praxis* da igualdade comprehende uma *dimensão negativa*, *proibindo-se práticas discriminatórias* de situações comparáveis, tanto *diretas*, quando uma pessoa é objeto de tratamento manifestamente menos favorável em relação a outrem, como *indiretas*, em que mediante uma aparente neutralidade, uma pessoa é colocada numa situação de desvantagem em relação às demais. Mas também tem uma *dimensão positiva*, mediante a existência de *ações afirmativas*, face a situações acutuadamente diferenciadas, de modo que a igualdade não seja apenas uma formulação textual. Para o efeito, o que está em causa é uma *valorização justa das desigualdades*, que para uns é possível através de um “critério de valora-

<sup>51</sup> Seguimos de perto PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, ob. cit., 2005, pp. 22-36.

<sup>52</sup> Veja-se respectivamente MACKINNON, Catharine, “Substantive Equality: A Perspective”, *Minnesota Law Review*, 2011, Vol. 96, No. 1, pp. 1-27, onde sustenta precisamente a “incorporação da realidade substantiva” (*incorporating substantive reality*) (p. 27); PRIETO SANCHIS, Luis, “Minorias, Respeto a la Disidencia e Igualdad Sustancial”, DOXA, N.º 15/16, 1994, pp. 367-387.

<sup>53</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, ob. cit., 2005, p. 17, distingue, sob um ponto de vista lógico a *igualdade* (coincidência ou equivalência parcial), da *identidade* (coincidência absoluta) e da *semelhança* (afinidade ou aproximação).

<sup>54</sup> Veja-se a propósito FREDMAN, Sandra, “Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2016, pp. 1-29.

ção”, que seja correcto, razoável e justo (Robert Alexy), enquanto para outros é mediante a “igual valoração jurídica das diferenças” (Luigi Ferrajoli), mas não é certamente mediante a acentuação jurídica dessas dissemelhanças.<sup>55</sup>

Ora a deficiência é usualmente compreendida e resolvida mediante um padrão de inferioridade das pessoas que têm essa condição ou estão nessa situação, continuando-se a bloquear as mudanças estruturais, sendo corrente separar-se a componente biológica (deficiência) das funcionalidades pessoais (capacidades),<sup>56</sup> agrupando as pessoas em categorias distintivas (v.g. anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira), mas para aí as encaixar e subalternizar, não para as socializar, como sucede no instituto da interdição (138.º CC), onde se equiparam os interditos aos menores (139.º CC). Assim, uma exigência de igualdade substancial para as tais “pessoas com deficiência”, quando em confronto com as demais pessoas, leva efetivamente que o desigual seja tratado de forma desigual, não para as manter nessa situação de desigualdade factual, mas para que esta seja progressivamente suprimida ou superada, estabelecendo-se um *reequilíbrio de posições jurídicas*.

Nesta conformidade, a maximização da igualdade num plano de realização da justiça, apesar do artigo 13.º da Constituição não fazer alusão às condições pessoais, como factor de discriminação — muito embora essa referência conste, por exemplo na Constituição Italiana,<sup>57</sup> onde buscámos inspiração —, leva-nos a sustentar a inadmissibilidade de qualquer tipo ou indí-

<sup>55</sup> ALEXY, Robert, ob. cit. 2012, pp. 352/353, refere-se a uma igualdade ou desigualdade valorativa (i), relativa a determinados tratamentos (ii), mediante um critério de valoração, através do qual se estabeleça o que é igual e desigual (iii); FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías — La ley del más débil*, Madrid: Editorial Trotta, 2004, pp. 73-79, constata a existência de quatro modelos de configuração jurídica das diferenças: i) “indiferença jurídica das diferenças”, onde se ignora a existência das diferenças; ii) “diferenciação jurídica das diferenças”, mediante a valorização de algumas identidades em detrimento de outras, permitindo uma hierarquização de estatutos; iii) “homologação jurídica das diferenças”, afirmando-se a existência de uma igualdade abstracta, mas que acaba por desvalorizar e ignorar as diferenças; “igual valoração jurídica das diferenças”, baseado no princípio normativo da igualdade dos direitos fundamentais, mediante um sistema capaz de assegurar a sua efetividade. Na doutrina nacional destacamos a propósito GARCIA, Maria da Glória, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 29-73, “Princípio da Igualdade — Fórmula vazia ou “carregada” de sentido?, anteriormente no *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 358, separata, Lisboa, 1987, pp. 18 e ss; ALBUQUERQUE, Martim de, *Da Igualdade — Introdução à Jurisprudência*, Coimbra: Almedina, 1993, com uma significante recolha da jurisprudência constitucional nacional, pp. 84 e ss., desde os Pareceres da Comissão Constitucional até aos acórdãos de 1992 do Tribunal Constitucional.

<sup>56</sup> McCLUSKEY, Martha T., “How the Biological/Social Divide Limits Disability and Equality”, *Journal of Law & Policy*, Vol. 33, 2010, pp. 109-160 (p. 156).

<sup>57</sup> O nosso texto constitucional inspirou-se tanto no artigo 3.º, §1 da Constituição italiana, onde se menciona que “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, **di condizioni personali** e sociali.” — sendo nosso o negrito —, como no artigo 3.º, § 3 da Constituição alemã, cuja formulação inicial era a seguinte “Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden”, que traduzimos como “Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do seu sexo, raça, língua, pátria e origem, as suas crenças e concepções religiosas ou políticas”.

cio de tratamento jurídico negativo ou discriminatório a partir da identidade de cada indivíduo, designadamente das suas capacidades. E isto porque consideramos a *diferença física ou mental como um padrão descritivo*, em que cada pessoa é uma pessoa, com as suas diversidades e capacidades, sendo estas que lhe propiciam uma identidade própria, enquanto a *igualdade* será *um marco normativo*, sujeito a concretização jurídica, só se aceitando a *diferenciação de tratamento legal* quando exista *uma razão aceitável e suficiente* para o fazer, mas sempre assegurando a existência de uma *igualdade efetiva ao nível dos direitos fundamentais*.

### 3.3. O direito à integridade pessoal

A Constituição estabelece no seu artigo 25.º, n.º 1 que “A integridade moral e física das pessoas é inviolável”, acrescentando no seu n.º 2 que “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. A acentuação desta tutela constitucional é novamente reforçada no âmbito das garantias de processo penal, ao estabelecer a nulidade das provas que infringem estas duas dimensões (32.º, n.º 8 Const.). A partir daqui o direito à integridade pessoal tem sido associado e densificado mediante o recurso à dignidade humana, havendo alguma dificuldade em estabelecer o cerne e os contornos do seu conteúdo, mormente o significado de “integridade moral”. E isto talvez porque antes este direito tenha “vivido na sombra” de outros direitos — como da liberdade ou o direito à vida —, tratando-se de um direito fundamental emergente, que teve a sua manifestação normativa expressa e mais completa no Pacto de San José.<sup>58</sup> Nesta conformidade iremos tentar precisar, ainda que de forma muito sucinta, o conteúdo deste valor constitucional, mormente quando está em causa a referida “integridade moral”, bem como se o mesmo abrange a integridade psíquica, por quanto o texto constitucional é literalmente omisso quanto à mesma.

A integridade (lat. *integritate*), tem o seu significado, etimológico e corrente, de plenitude ou inteireza, que em relação a uma pessoa corresponde a um estado de ser completo e não ser violado. Por sua vez, a integridade moral de uma pessoa está relacionada com a sua autenticidade, virtude e carácter, podendo ter-se uma compreensão estritamente subjetiva ou então objectiva da mesma. De acordo com a primeira, sobressai uma visão individualista, ou seja, o que releva é o que cada um pensa de si e como quer que os outros o

<sup>58</sup> CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 20 considera que o mesmo estava colocado na esfera da liberdade individual, esboçando essa densificação a partir de uma leitura empírica da jurisprudência constitucional espanhola, com destaque para o STC 5/2002 (p. 62), e dos tribunais regionais dos direitos humanos. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José, por ter sido assinada nesta cidade da Costa Rica, em 22/11/1969, consagra no seu artigo 5.º, n.º 1 que “Toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

tratem. Seguindo a segunda, aproximamo-nos de um padrão normativo, o que não significa unicidade, estabelecendo-se os *mínimos comuns de integridade*, atendendo-se, para o efeito, à complexidade e diferenciação (raça, cor, sexo, género, etc.) do ser humano e não à sua generalização.<sup>59</sup> Isto significa que essa integridade, enquanto valor, não seja uma consequência das impressões que cada pessoa tem de si, nem a sua ideação abstrata mas antes uma vertente inerente a qualquer ser humano, o que nos remete para a individualidade humana.<sup>60</sup> No entanto, a integridade que os fundadores constituintes reconheceram foi considerada como moral, o que nos afasta um pouco da sua compreensão ontológica e nos aproxima mais do seu entendimento ético. Assim, o que está essencialmente em causa e constitucionalmente tutelado são os *valores dessa individualidade*, enquanto ser humano, dotado de dignidade, e, particularmente, como pessoa, com a sua moral. Ora a juridicidade de *ser pessoa*, tem um significado e uma consequência. A primeira, que se esteja perante um indivíduo como um todo, dotado das respetivas faculdades humanas, tanto físicas, como intelectuais, expressando-se através das suas capacidades e aptidões, aquela pessoa em concreto e não abstrata. A segunda, é ser-se reconhecido enquanto tal, mediante um preciso estatuto jusfundamental.

Deste modo, a plenitude da integridade pessoal, que tem como seu ponto de partida uma concreta “individualidade humana”, não permite restringi-la à sua dimensão física, abarcando, antes, todas as suas dimensões, designadamente a psíquica, estando esta implícita no normativo constitucional aqui em apreço.<sup>61</sup> Daí que o valor constitucional da “integridade pessoal” se estenda a todo o corpo humano, não se tendo, porém, uma mera perspetiva estática e estritamente biológica, que nos remete para um *corpo puro e intocável*, mas antes uma perspetiva dinâmica e autónoma, de um *corpo vivo e autodeterminado*, seja simplesmente quanto aos seus elementos periféricos (v.g. cabelos, unhas), seja já quanto aos seus órgãos, enquanto partes componentes (v.g. rim) ou integrantes (v.g. sexo) — o que se coloca, por exemplo e respetivamente, nos casos de doação de órgãos, transexualidade ou intersexualidade. Por sua vez, enquanto direito fundamental revela uma posição de soberania que cada indivíduo tem sobre a plenitude da sua pessoa, assim como em relação a cada uma das suas dimensões, elementos ou partes.

No entanto, convém precisar, a integridade pessoal não é um direito absoluto, pois pode ser constrangido, designadamente por razões públicas, podendo estas assumir uma natureza coerciva (v.g. tratamento de doenças infecto-contagiosas, internamento compulsivo), podendo até ser autolimitado,

<sup>59</sup> Para uma crítica desta abstração veja-se WILLIAMS, Bernard, “Persons, character and morality”, in *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 1-19.

<sup>60</sup> FORD, Norman M., *When Did I Begin?: Conception of the Human Individual in History, philosophy and science*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991 (1988), p. 72.

<sup>61</sup> Neste sentido CANOSA USERA, Raúl, ob. cit. 2006, p. 89.

consentindo-se atuações restrinquentes (v.g. exames ou intervenções terapêuticas ou/e cirúrgicas) ou colocando-se em situações de risco (v.g. boxe, alpinismo). Porém, existe uma fronteira inultrapassável que, de um modo geral, é a dignidade humana e, particularmente, a proibição da tortura, maus tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas.

Nesta conformidade, a integridade pessoal tem um *sentido positivo*, de que todos os indivíduos têm a faculdade de desenvolver plenamente a sua individualidade humana, e um *sentido negativo*, impondo aos demais, seja ao Estado, seja a terceiros, um dever de respeitar essa individualidade, sendo indisponível nos casos em que existe uma tutela absoluta.

### 3.4. O direito à personalidade em geral

Ainda relacionado com a deficiência encontramos o direito fundamental à personalidade em geral, com consagração no artigo 26.º da Constituição, o qual assume diversas vertentes, tutelando nomeadamente o desenvolvimento da personalidade (i) e a capacidade civil (ii).<sup>62</sup>

A fonte deste direito fundamental reside no artigo 2.º, § 1 da Constituição Alemã<sup>63</sup>, tendo o Tribunal Constitucional Alemão, a partir do caso Wilhelm Elfes (BverfGE 6, 32, 16/jan./1957), reconhecido a existência de um direito geral à liberdade de ação. A propósito a doutrina alemã desenvolveu essencialmente três posições: (i) a *teoria formal-material*: toma como referência a liberdade negativa, de modo que a liberdade de ação não possa ser restrinjida senão por razões ponderáveis e suficientes; (ii) a *teoria das esferas*: assegura que o seu núcleo duro seria inatingível — estas esferas compreendiam a interna (central e nuclear), a privada ampla e a privada social; (iii) a *teoria dos direitos de liberdade tácitos*: está associada à anterior, mas evoluiu de modo a abranger as liberdades implícitas, porquanto sendo a liberdade dirigida para a ação ou para certas situações, podemos da sua previsão abstrata e inicial concretizar outras que se tornariam liberdades definitivas.<sup>64</sup>

A doutrina nacional tem, na sua generalidade, visto essencialmente no mesmo um direito fundamental ao livre e pleno desenvolvimento da persona-

<sup>62</sup> No seu n.º 1 consagra-se que “A todos são reconhecidos os direitos ..., ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ... e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”, acrescentando-se no seu n.º 4 que “A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”. A referência ao desenvolvimento da personalidade advieio da Lei 1/97, 20/set. (DR I, n.º 218, 20/set./1997), enquanto a menção à capacidade civil já advinha da Lei 1/82, 30/set. (DR I, n.º 227, 30/set./1982).

<sup>63</sup> Aqui se refere que “Toda a pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, sempre que não viole os direitos de outros e não atente contra a ordem constitucional ou a moral da lei”, sendo nossa a tradução de “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”.

<sup>64</sup> Veja-se a propósito ALEXY, Robert, ob. cit. 2012, pp. 299-324.

lidade, integrando tanto um direito geral de personalidade, como um direito à liberdade de ação, tanto na formação livre da personalidade, como da proteção dessa liberdade.<sup>65</sup> O Tribunal Constitucional, por sua vez, tem considerado que o desenvolvimento da personalidade integra diversas vertentes, sendo uma delas a liberdade de ação humana, expressando que “a condução da vida de cada um é *autoconformada* pela sua actuação” (TC 403/2015, ponto 12).<sup>66</sup>

Em síntese, podemos afirmar que a liberdade de ação e a sua tutela constitucional, tem um sentido negativo, de que qualquer pessoa deve ser *livre de agir* de acordo com a sua vontade sem interferência de outrem, como um sentido positivo, de que cada pessoa é a fonte da sua actuação, mediante a sua capacidade de perseguir e alcançar os seus objectivos.<sup>67</sup>

Por sua vez, o direito fundamental à capacidade civil está relacionado com a aptidão de uma pessoa para ser sujeito de direitos e deveres, de modo a estabelecer relações jurídicas. A capacidade civil, tal como está constitucionalmente configurada, acaba por ser a *medida jurídica* de uma pessoa. Essa capacidade civil está sujeita a restrições, que segundo o mesmo artigo 26.º, mas agora o seu n.º 4, “só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”. Esta formulação parece, assim, incutir um direito fundamental à capacidade civil de conformação legal, como se houvesse uma *mandato legiferante em branco*, com uma única restrição constitucional, a exclusão absoluta de qualquer limitação com base num fundamento político.

Existem, no entanto, outros parâmetros constitucionais que a lei deve observar, desde logo a salvaguarda da *dignidade humana*, da *igualdade*, mormente a proibição do arbítrio, assim como o respeito pela *intervenção mínima restringente* dos direitos fundamentais, ou, como é vulgarmente designado, de proibição do excesso, o qual exige um critério de proporcionalidade, assente na necessidade, adequação e justa medida, preservando-se o núcleo essencial da capacidade jurídica.<sup>68</sup> Daí que a jurisprudência constitucional exclua

<sup>65</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 99; MOTA PINTO, Paulo, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *Portugal-Brasil — ano 2000, Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246 (160); REIS NOVAIS, Jorge, ob. cit., 2003, p. 591; GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, ob. cit., 2007, pp. 463/464; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, ob. cit., 2010, pp. 611/612. Mais restrito, excluindo a liberdade de ação, MELO ALEXANDRINO, José de, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, Volume II — A Construção Dogmática*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 523.

<sup>66</sup> Acessíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, como os demais que se seguem.

<sup>67</sup> BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, in *The Proper Study of Mankind: An anthology of essays*, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2000, pp. 191-242; BOBBIO, Norberto, *Egualianza e libertà*, Torino: Eunadi, 2009, pp. 45-50 (1995).

<sup>68</sup> Cfr. artigos 1.º, 13.º, n.º 1 e 2, 18.º, n.º 2 e 3 Constituição. A propósito GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, ob. cit., 2007, p. 465 consideram que não é admissível a privação originária da capacidade civil, a privação total ou a “morte civil”, assim como a *capitis diminutio arbitrária*, enquanto MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, ob. cit., 2010, p. 626, fazem alusão expressa às referidas proibições da arbitrariedade e excesso.

uma automaticidade de perda da capacidade civil, mediante mero efeito de uma inabilidade comercial, ainda que judicialmente reconhecida, como sucedeu com os administradores das sociedades comerciais falidas ou insolventes (TC Acs. 570/2008; 571/2008; 584/2008; 585/2008 e 253/2009).

Nesta conformidade, sustentamos uma *interpretação constitucional orientada pelos direitos humanos*, escorada num bloco constitucional multinível (8.º, n.º 1; 16.º, n.º 2; 26.º, n.º 4, da Constituição; 21.º, n.º 1 CDFUE<sup>69</sup>; 5.º e 12.º CDPD), tomando-se como *padrão constitucional da capacidade civil das ditas pessoas deficientes* o estipulado na referida CDPD, designadamente o reconhecimento da sua capacidade jurídica em igualdade com as demais pessoas (12.º, n.º 2 e 4 CDPD). Para que tal ocorra deve partir-se de um *critério realista da capacidade natural*, da sua heterogeneidade e não de um critério legal, ficcionado a partir de modelos estanques.<sup>70</sup> Por outro lado, deve-se dar preferência a *medidas legais de apoio* em detrimento de modelos de substituição, porquanto aquelas permitem uma maior autonomia, sendo esta relacional. Só mediante este *critério e modelo racionalmente práticos* se poderá estabelecer um tratamento jurídico igualitário, distinguindo o que se tem de diferenciar, não para discriminar ou desnivelar, mas para se fazerem os ajustamentos necessários e razoáveis de nivelamento (5.º, n.º 2 e 3 CDPD). E quando nos referimos à discriminação, estamos a abranger não só a direta, mas também a indireta.

Saliente-se que o TEDH, a propósito da capacidade civil, tem vindo não só a colocar sérias reservas às restrições apenas com base estrita numa anomalia psíquica, assim como à inexistência de alternativas aos institutos centrados nas medidas de substituição, de que é exemplo o instituto da interdição, considerando que a ausência de medidas flexíveis por parte do Estado, são violadoras do direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8.º da CEDH (TEDH Acs. Chtoukatourov c. Rússia, §§ 94-96, de 27/03/2008; Lashin c. Russia, § 77, de 22/01/2013; Ivinović c. Croácia, § 40, de 18/set./2014).<sup>71</sup>

### 3.5. O direito à liberdade

A deficiência também tem um reconhecimento específico na Constituição quando permite que pessoas com anomalia psíquica, sejam total ou parcialmente privadas de liberdade, “pelo tempo e nas condições que a lei determinar”, como decorre do proémio do seu artigo 27.º, n.º 3, referindo-se a alínea h) ao caso de “internamento de portador de anomalia psíquica, em estabeleci-

<sup>69</sup> Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), JOUE 2010/C, 83/02.

<sup>70</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la convención de la ONU*, Madrid: Universidad de Alcalá, pp. 202-206, afastando-se de um conceito binário, em que apenas existe capacidade e incapacidade.

<sup>71</sup> Acessíveis em <http://www.echr.coe.int>.

mento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”.

A liberdade aqui em causa, na compreensão que os comentaristas nacionais e a jurisprudência constitucional tem perfilhado, é a *liberdade individual ou física*, de não ficar enclausurado ou restringido a um determinado espaço, i. é, privado de liberdade, assim como a *liberdade de movimentos ou de circulação*, normalmente designada por “liberdade de ir e vir”<sup>72</sup> (TC Acs. 479/94, 663/98, 471/2001, 71/2010, 181/2010, 54/2012). Este direito fundamental à liberdade não tem natureza absoluta, pois logo o mesmo artigo 27.º, nos seus n.º 2 e 3, estabelece um *catálogo taxativo de situações restrinquentes de liberdade*, com dois níveis, sendo o primeiro deles “em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”, enquanto o segundo diz respeito a um *sub-catálogo de casos*.

Ora e conforme jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o primeiro grau das restrições ao direito fundamental de liberdade, estas estão sujeitas à reserva de lei, devendo estar aí previstas (a), ao princípio da legalidade, mediante pressupostos expressos e claros (b) e da intervenção mínima das restrições (c) (TC Acs. 426/91; 109/99). Por sua vez, o TEDH vem considerando que a privação da liberdade das pessoas com anomalia psíquica só deve ser decretada, com a certificação dessa perturbação mental (i), que a mesma seja de tal grau que justifique o internamento (ii), em virtude dessa pessoa necessitar de tratamento médico-psiquiátrico (ii’), necessitando essa medida de ser controlada e supervisionada (ii”), dependendo esse internamento da persistência do respectivo distúrbio mental (iii) (TEDH Ac. Stanev c. Bulgária, 17/jan./2012, § 145, 146).

Tentando ser mais preciso, podemos dizer que esta *liberdade matriz* comporta um *sentido negativo*, de que ninguém deve, em regra, ser privado da liberdade, como um *sentido positivo*, de que o Estado deve proporcionar essa mesma liberdade, salvo quando a restringe nos casos constitucionalmente aceites e legalmente previstos.

Somos de crer que a compatibilização dos direitos fundamentais à igualdade, na vertente da proibição da discriminação, e à liberdade, na dimensão da liberdade individual, não permite acolher literalmente e a partir da citada al. h) do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, uma “cláusula constitucional em branco”.<sup>73</sup> A propósito consideramos que estes direitos fundamentais devem ser normativamente densificados pela CDPD, designadamente ao estabelecer

<sup>72</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, ob. cit., 2007, p. 478, referem o “direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”, enquanto MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, ob. cit., 2010, p. 638, aludem à “liberdade de movimentos corpóreos, de “ir e vir”, a liberdade ambulatória ou de locomoção”; TC Acs. 479/94, 663/98, 471/2001, 71/2010, 181/2010, 54/2012.

<sup>73</sup> PINTO DE ABREU, Carlos, “Lei de Saúde Mental e as Garantias dos Direitos dos Cidadãos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo I, 2005, pp. 129-132, mostra-se crítico em relação à redação deste segmento normativo (131, nota 6).

que as pessoas com deficiência gozam do direito à liberdade e segurança “em condições de igualdade com as demais” (12.º, n.º 1, al. a)), precisando que “a existência de uma deficiência não deverá, em caso algum, justificar a privação da liberdade” (12.º, n.º 1, al. b) parte final), impondo que o estado de anomalia psíquica, só por si, não seja fundamento de privação ou limitação dessa mesma liberdade, tanto mais que se mostra controvertido se esse procedimento é realizado no próprio interesse do doente.<sup>74</sup>

Do que ficou anteriormente exposto, ressalta que apenas é constitucionalmente admissível o internamento coercivo das pessoas portadoras de anomalia psíquica, para fins exclusivamente terapêuticos (i), num plano de igualdade com os demais cidadãos (ii), ou seja, que esse procedimento se justifique por razões públicas (a), tendo um carácter nitidamente excepcional (b), sujeito a critérios e escrutínios de proporcionalidade (necessidade, adequação e justa medida) (c). Ora se o internamento tem em vista fins exclusivamente terapêuticos, como se depreende do próprio texto constitucional — “internamento ..., em estabelecimento terapêutico adequado” —, tal implica que se conheça o respetivo plano terapêutico, pois só este é revelador se estamos ou não perante um internamento com essa finalidade, sendo este judicialmente reconhecido e escrutinado. E isto não é, obviamente, para que os tribunais aprovem, sob o ponto de vista médico e psiquiátrico, aquele preciso procedimento terapêutico, mas para que exista um *controlo judicial efectivo* de que o mesmo existe e é concretamente imprescindível, podendo, em caso de dúvida, submeter esse plano terapêutico a outra avaliação médica-psiquiátrica.

#### 4. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E AS “DEFICIÊNCIAS”

O Tribunal Constitucional não tem tido um caminho argumentativo definido na leitura das designadas deficiências, nem se tem apoiado exclusivamente no estatuto constitucional dos tais “cidadãos portadores de deficiência” (71.º Const.), pois tem convocado recorrentemente o princípio da igualdade (13.º Const.), às vezes como tópico central ou mesmo exclusivo do seu dis-

<sup>74</sup> Neste sentido NILSSON, Anna, “Objective and Reasonable? Scrutinising Compulsory Mental Health Interventions from a Non-Discrimination Perspective”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 459-485 (470). Num primeiro momento GOSTIN, Lawrence O.; GABLE, Lance, “The Human Rights of Person with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health, in a Non-Discrimination Perspective”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 459-485 (470). Numa perspetiva mais radical, considerando que qualquer tratamento psiquiátrico coercivo representa um acto de tortura veja-se MINKOWITZ, Tina, “The United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions”, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, Vol. 34, 2007, pp. 405-428; ib., “Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, in McSHERRY, Bernadette; WELLER, Penelope (Edited by), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oregon: Hart Publishing, 2010, pp. 151-178.

curso, assim como outros direitos constitucionais, designadamente o acesso a um processo equitativo (20.º, n.º 4 Const.) ou então socorrendo-se de outras fontes normativas internacionais, como sucedeu com a CDPD, conforme resulta da divulgação da sua jurisprudência.

A mais vasta tem incidindo na situação dos designados “deficientes das forças armadas” (DFAs), mas no âmbito da justificação constitucional de um tratamento diferenciado entre si, uma vezes rejeitando (TC Ac. 563/1996), outras admitindo, seja na atribuição ou revisão de pensões estaduais em função dessa condição (TC Acs. 414/2001; 63/2002; 173/2002; 233/2002), na redefinição da sua situação (TC Ac. 330/1993), incluindo a reconstituição da carreira (TC Ac. 153/2003) ou então na distinção entre militares do quadro permanente e militares do quadro de complemento (militares milicianos), em que se previa a promoção automática daqueles e destes não (TC Acs. 319/00; 378/00). A propósito teve sempre em causa a violação do princípio constitucional da igualdade, cuja leitura residiu essencialmente na seguinte posição: só haverá lugar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual daquelas situações de facto que forem desiguais, proibindo-se, inversamente, o tratamento igual de situações desiguais (i); para se poder reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, adequado e necessário a tal fim, mantendo uma relação de equitativa adequação com o valor subjacente ao fim visado (ii).

Este princípio da igualdade foi igualmente suscitado e conexionado com o estatuto constitucional do “cidadão deficiente” (71.º Const.), aceitando-se a partir dessa conjugação a existência de uma diferenciação positiva, de modo a compensar as desigualdades que marcam a sua condição existencial. No entanto e a propósito do regime de arrendamento urbano, estando em causa o limite ao exercício do direito de denúncia por parte do senhorio no caso de invalidez do inquilino e não do seu cônjuge, não se considerou que essa igualdade de tratamento exigisse o reconhecimento legal de ambas as condições de invalidade como excludentes daquele direito de denúncia (TC Ac. 569/2008). A propósito considerou-se que essa reivindicação de igualdade era destituída de sentido, tanto na dimensão de proibição do arbítrio legislativo, por não existir justificação racional para essa diferenciação (13.º, n.º 1 Const.), como na dimensão de proibição da discriminação (13.º, n.º 2 Const.), em virtude dessa distinção não ter por base características pessoais, mas situações jurídicas distintas, sendo um arrendatário e outro não. O mesmo sucedeu com as isenções fiscais para aquisição de veículo automóvel que legalmente estão reservadas “a quem seja portador de deficiência motora a nível dos membros superiores ou inferiores” e não a outros (TC Ac. 188/2003). Aqui e muito embora se aceite a partir do citado artigo 71.º, n.º 1, uma base constitucional para a existência de tratamento tributário privilegiado, não decorre no entanto do mesmo que haja sempre um “qualquer direito fundamental dos cidadãos portadores de deficiência a benefícios fiscais” (14. §6). O mesmo sentido argumentativo foi igualmente revelado quando esteve em

causa o regime de avaliação de incapacidade para efeitos fiscais, aceitando-se a existência de uma tratamento favorável a nível fiscal, mas mediante uma larga margem de conformação legislativa (TC Ac. 19/2006). Aliás, a amplitude de liberdade de conformação na concretização da dimensão programática do artigo 71.º, n.º 2 da Constituição tem vindo a ser sempre reconhecida (TC Acs. 188/2003; 585/2003; 570/2001; 543/2001; 486/2003).

Também se pronunciou relativamente à previsão legal do crime de violação de mulher inconsciente, designadamente quando a vítima é portadora de anomalia psíquica, cuja previsão consta no artigo 202.º do Código Penal (TC Ac. 561/95), suscitando-se a discriminação dos deficientes, em virtude destes estarem impedidos de terem uma vida sexual. No entanto considerou-se que o tipo legal em causa era uma norma de proteção da liberdade sexual daque-las mulheres, as quais devido à sua anomalia psíquica não têm capacidade para avaliar o sentido moral da cópula ou a capacidade para se determinarem de acordo com essa avaliação. Pelo que não estaria em causa que outras mulheres ainda que portadoras de deficiência física tivessem uma vida sexual normal.

No caso do direito de voto das pessoas com deficiência serem acompanhadas no acto de votação, veio a aceitar esse procedimento, mas que o mesmo não residia no poder discricionário da mesa eleitoral, mas da indispensável verificação em concreto dessa necessidade (TC Ac. 3/90).

Mas, sem dúvida, a sua decisão mais polémica, como se pode desde logo constatar pela existência de vários votos de vencido, foi a respeitante aos prémios atribuídos aos atletas participantes nos jogos para-olímpicos, cujo quantitativo seria desproporcionadamente inferior ao previsto para os atletas dos outros jogos olímpicos (TC Ac. 486/2003). Estava essencialmente em causa o princípio da igualdade e logo se argumentou que este “reclama, num primeiro passo, que seja o tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais” e dando conta que se tratavam de realidades diversas, sendo aqueles especificamente para atletas portadores de deficiência, enquanto os segundos são de alcance “geral”, para além de existir uma manifesta e patente diversa relevância de cariz económica, social e cultural, tal como a opinião pública e os *media* dão profusamente conta, pelo que não haveria tal infracção. Este Acórdão assenta naquela “insustentável leveza” de uma visão formal e estética do princípio da igualdade, mais para perpetuar as desigualdades do que para colocar os desiguais no mesmo plano dos iguais, funcionando esta distinção económica, social e cultural para acentuar, como se disse e bem num dos votos de vencido, a “consolidação da discriminação” (Cons. M. Fernanda Palma). A leitura seguida por este posicionamento dominante, mereceu igualmente críticas por parte da doutrina.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Notas ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/03, de 21 de Outubro de 2003”, *Desporto & Direito. Revista Jurídica do Desporto*, Ano I, n.º 3, 2004, pp. 479-490; LOUREIRO, João Carlos, ob. cit., 2005, p. 179, revendo-se na posição crítica do anterior autor.

Recentemente e tomando por base o mesmo princípio da igualdade, na vertente da proibição de discriminação, conexionando-o com o direito a um processo equitativo, assim como a CDPD, assumindo aqui uma nítida e salutar leitura dialógica da Constituição, o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a impossibilidade do ofendido prestar declarações em audiência de julgamento, por estar interditado por anomalia psíquica (TC Ac. 359/2011). Apenas recorrendo à diferenciação sustentada e não arbitrária na igualdade, bem como à margem legal de conformação, aceitou o factor de bonificação nos acidente de trabalho, em razão da idade do sinistrado, no caso 50 ou mais anos (TC Ac. 526/2016).

Por último e muito embora estivesse em causa o erro médico relativo a um diagnóstico pré-natal, mediante o qual não foi revelado aos respetivos pais a existência de malformações congénitas, tendo vindo a nascer uma criança com as mesmas (TC Ac. 55/2016), não chegou a ser suscitado e ponderado se a atual CDPD, que tem, a nosso ver, a sua inclusão constitucional por via do art. 8.º e 16.º, n.º 2 Constituição, obsta a este tipo de ações por “nascimento indevido” (*wrongful Birth*), por considerar discriminatório qualquer medida legal que obste à existência de “diversidade funcional” entre as pessoas.<sup>76</sup>

## 5. FRAGMENTOS DE ALGUM DESASSOSSEGO E ALGUMAS PROPOSTAS

### 5.1. Para o fim da esterilização forçada

A Lei de Educação Sexual e Planeamento Familiar (Lei 3/84, de 24/mar., DR I, n.º 71), regula no seu artigo 10.º a esterilização voluntária, estabelecendo os seguintes requisitos essenciais: a pessoa a ser submetida tem de ser maior de 25 anos (i); a mesma deve prestar o respetivo consentimento informado (ii); devendo este ser formalizado por escrito (iii) (n.º 1). Aquela exigência respeitante à idade só pode ser dispensada por razões de ordem terapêutica (n.º 4). A propósito não existe nenhuma outra previsão legal que possibilite a esterilização forçada de quem quer que seja. E isto apesar do Código Deontológico Médico (Regulamento 14/2009, DR II, n.º 8, 13/01/2009), estabelecer no seu artigo 66.º uma previsão para laqueação tubária e vasectomia (n.º 1), expressando que “Em casos de menores ou incapazes, os métodos de esterilização irreversíveis só devem ser executados após pedido devida-

---

<sup>76</sup> Veja-se a propósito HENSEL, Wendy F., “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, 2005, pp. 87-195 (141-195); MELINDA, Jones, “Valuing All Lives — Even “wrongful” Ones”, in RIoux, Marcia H.; BASSER, Lee Ann; JONES, Melinda, *Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 112-116; CLEMENTS, Luke; READ, Janet, “Introduction — Life, disability and the pursuit of human rights”, in CLEMENTS, Luke; READ, Janet (Edited by), *Disabled People and the Right to life: The Protection and Violation of Disabled People’s Most Basic Human Rights*, London: Routledge, 2008, pp. 1-29, partindo de uma perspetiva valorativa da vida com discapacidades

mente fundamentado no sentido de evitar graves riscos para a sua vida ou saúde dos seus filhos hipotéticos e, sempre, mediante prévio consentimento judicial” (n.º 4). Esta previsão seguiu de perto o Parecer 35/2001 do CNECV<sup>77</sup>, o qual foi emitido para os casos de laqueação de trompas, como método contraceptivo, em menores com deficiência mental profunda, considerando que esta medida devia ser considerada como um último recurso, sendo para o efeito necessário a autorização do tribunal, não bastando a autorização dos respetivos representantes legais. Mas como aquela regra deontológica é, apenas, isso mesmo, porquanto a mesma não se enquadra na nomenclatura constitucional dos actos normativos legais (12.º Const.), ficamos sem qualquer previsão legal para a realização de esterilização forçada — como já se referia no Parecer da PGR 7/2007, de 13/09/2007 (DR II, n.º 217, 12/11/2007), “O Código Deontológico da Ordem dos Médicos, por força da sua natureza regulamentar, deve obediência à Lei, não podendo conter disposições que a contrariem, ou invadir áreas que estejam a coberto de reserva de Lei”. Poder-se-ia suscitar a realização dessa laqueação de trompas, caso se verificasse aquele primeiro requisito da idade de maior de 25 anos, sendo o segundo requisito, respeitante ao consentimento informado, realizado por um curador *ad litem* ou então pelo representante legal da pessoa a ser esterilizada, em virtude da mesma estar interdita. Não cremos que isso possa suceder, pelas seguintes razões: 1.º) desde logo porque não estamos perante a realização de um acto terapêutico, mas antes face a um acto cirúrgico para fins contraceptivos; 2.º) sendo o consentimento informado um acto pessoalíssimo, porquanto o mesmo diz respeito a direitos fundamentais, como nós entendemos<sup>78</sup> e não estando em causa uma situação de urgência (artigos 6.º, n.º 3 e 8.º Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (CDHB — Oviedo), DR I-A, n.º 2, 03/01/2001), não pode aquele consentimento, por se tratar de uma pessoa maior, ser substituído pelo do respetivo representante legal; 3.º) tal intervenção tem que ser sempre no interesse da pessoa em causa, o que aqui não será, porquanto existem outros métodos alternativos de contracepção (6.º 1 CDHB — Oviedo). Por sua vez, de acordo com os Princípios Para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de Saúde Mental — Princípios DM — ONU (Resolução 46/119, Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17/dez./1991), “A esterilização nunca será levada a cabo como tratamento da doença mental” (Pr. 11, § 12). Assim, a esterilização forçada de pessoa com anomalia psíquica, que não deu o seu consentimento livre ou nem tem capacidade para o fazer, corresponde, em princípio, a uma intervenção médico-cirúrgico arbitrária, integrando a qualificativa de um tratamento degradante ou desumano (25.º, n.º 2 Const.).<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Acessível em <http://www.cnecv.pt>.

<sup>78</sup> CORREIA GOMES, Joaquim, “Constituição e consentimento informado: Portugal”, *Revista Julgar*, N.º Especial, 2014, pp. 67-96.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, Madrid: Cinca, 2015, pp. 74-79 afasta um eventual juízo de proporcionalidade.

## 5.2. Para a constitucionalização do internamento compulsivo

O regime jurídico do internamento compulsivo está previsto na Lei de Saúde Mental (LSM — Lei n.º 36/98, de 24/jul., DR I-A, n.º 169), compreendendo, um de carácter preventivo e um outro de natureza tutelar (artigo 12.º, n.º 1 e 2). A propósito, já Vieira de Andrade se mostrava preocupado com a previsão legal dessas medidas de internamento coercivas, alertando para a necessidade haver certas cautelas com a indefinição do conceito legal de “bens de relevante valor” (artigo 12.º, n.º 1), colocando a questão de estarmos perante um “alargamento desproporcionado das hipóteses de privação de liberdade”.<sup>80</sup>

Será ainda de referir que os mencionados Princípios Para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de Saúde Mental, exigem, como um dos requisitos de tratamento, a existência *um específico plano terapêutico*, o qual deve ser discutido com o paciente (Pr. 9, § 2), dando este para o efeito o seu consentimento voluntário (Pr. 11, § 2). Só assim não sucederá caso o tratamento seja realizado coercivamente, mas, neste caso, o mesmo tem de ser validado por uma autoridade independente — que, no nosso caso, são os tribunais (Pr. 17.º, § 1) —, a quem compete avaliar se “o plano de tratamento proposto é o mais indicado para responder às necessidades de saúde do paciente” (Pr. 11, § 6, al. b) e c)). Tal plano terapêutico deve conter a seguinte informação: a) o diagnóstico e a sua avaliação; b) o objectivo, método, duração provável e benefício esperado do tratamento proposto; c) métodos alternativos de tratamento, incluindo métodos menos intrusivos; d) Eventuais efeitos dolorosos ou desconfortáveis do tratamento proposto, seus riscos e efeitos secundários (Pr. 11, §§ 2 e 6, al. b)).

A LSM veio transpor para o nosso ordenamento jurídico os já referidos Princípios DM — ONU. Porém e à primeira vista, a LSM apenas impõe o dever de informação do plano terapêutico ao paciente, mas já não, pelo menos de modo expresso, a obrigatoriedade do mesmo ser remetido ao tribunal, no caso de internamento compulsivo, muito embora imponha o envio de uma “avaliação clínico-psiquiátrica do internando”, enquanto acto instrutório indispensável (16.º, n.º 1 LSM). Mas será que esta avaliação clínico-psiquiátrica, integra esse plano terapêutico? A nossa resposta é no sentido afirmativo. E isto, não só pela injunção constitucional anteriormente mencionada, a propósito do direito fundamental à liberdade e da sua restrição para internamento terapêutico, mas também porque uma avaliação clínico-psiquiátrica para a confirmação judicial (26.º da LSM), como para a decisão final (27.º da LSM), para ser completa, deve conter tal plano terapêutico.

Mais acresce, que qualquer uma destas decisões judiciais deve fundamentar, tanto por imposição constitucional (205.º, 1 Const.), como legal (20.º, n.º 1 e 2 LSM), qual é o *perigo efetivo e consistente*, não meramente abstrato (i), quais

---

<sup>80</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “O Internamento Compulsivo de Portadores de Anomalia Psíquica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais”, in AA.VV *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 71-91 (90/91).

são os concretos bens jurídicos de relevante valor, de natureza pessoal ou patrimonial, próprios ou alheios, que podem vir a ser atingidos (ii), assim como se existe efetiva recusa da pessoa em causa a submeter-se a tratamento (iii). O mesmo se passa para os casos de internamento tutelar, devendo ser preciso não só a existência de uma *anomalia psíquica grave* (i), em que consiste, na prática, essa falta de discernimento para o mesmo se autodeterminar (ii) e a previsível deterioração do seu estado de saúde, mediante um juízo de prognose próximo e não longínquo (iii). Não podemos ficar por uma medicalização dos internamentos compulsivos, muitas vezes suportados em abstrações, que são depois revestidos por um certo “colorido judicial” simplesmente homologatório, como infelizmente é prática corrente, quando a Constituição impõe que seja “decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”, pois está em causa a liberdade de uma pessoa, um dos seus bens mais preciosos.

### 5.3. Para um instituto transitório de apoio às pessoas discapacitadas

O Código Civil (CC) ao regular a incapacidade civil e na mais pura tradição napoleónica, estabeleceu, para suprimento da mesma, os institutos da interdição e inabilitação (138.º, 139.º; 152.º; 153.º, 154.º CC). Trata-se de autênticos modelos de substituição, muito embora a inabilitação tenha uma configuração mais branda, mas ambos essencialmente dirigidos para a administração do património do incapacitado — a única excepção é o dever especial do tutor em zelar pela saúde do interdito (145.º CC).

A doutrina nacional mais recente tem mostrado algumas reticências em aceitar este “modelo puro e duro” das incapacidades, pugnando pela sua flexibilização.<sup>81</sup> E os trabalhos preparatórios para essa revisão chegaram até a ter os pareceres dos organismos profissionais judiciais. Mas isso não levou a que o legislador desse por terminado esse propósito inicial de alterar o regime jurídico das incapacidades, desconhecendo-se, de momento, quais são os seus desígnios. As possibilidades de implementação de um *modelo de apoio* são imensas, havendo exemplos consistentes a nível do direito comparado que podem inspirar o legislador nacional — já que demorou tanto tempo, o que, no mínimo, se exige é que faça, o que tem a fazer, com a devida ponderação e sustentabilidade.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> GUICHARD ALVES, Raul, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Direito e Justiça*, Vol. 9, Tomo 2, 1995, pp. 131-168; TRABUCO, Cláudia, “O regime das incapacidades e do respetivo suprimento: perspectivas de reforma”, *Themis — Revista de Direito*, Edição Especial, Código Civil Português — Evolução e perspectivas actuais, 2008, pp. 313-330; DUARTE PINHEIRO, Jorge, “As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento — a visão do Jurista”, *O Direito*, Ano 142.º, III, 2010, pp. 465-480; TÁVORA VÍTOR, Paula, “Capacidade e Incapacidades — Respostas do Ordenamento Jurídico Português e o artigo 12.º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência”, *Sociedade e Trabalho*, n.º 39, 2009, pp. 39/55; COSTA, Marta, “A desejável flexibilidade da incapacidade das pessoas maiores de idade”, *Lusíada. Direito*. Lisboa, n.º 7, 2010, pp. 109-162.

<sup>82</sup> Veja-se a propósito DORON, Israel, “Elder Guardianship Kaleidoscope — A Comparative Perspective”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 16, 2002, pp. 368-398; LATA,

Mas neste entretanto e perante o regime das interdições, mediante o qual “Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens” (artigo 138.º CC), não temos quaisquer dúvidas que o mesmo se encontra em rota de colisão com o direito fundamental à igualdade, por quanto discrimina negativamente e só por o serem, aqueles que são portadores de uma anomalia psíquica, os cegos e os surdos-mudos (13.º, n.º 1 e 2 Const.) — não vemos que as demais pessoas por serem “incapazes de governar as suas pessoas e bens”, sejam igualmente interditadas. Por outro lado, essa autêntica *aqua et igni interdictio* destas pessoas discapacitadas e só por o serem, infringe o reconhecimento e a tutela constitucional à capacidade civil, numa interpretação orientada pelos direitos humanos (8.º, n.º 1; 16.º, n.º 2; 26.º, n.º 4 Constituição; 21.º, n.º 1 CDFUE; 5.º e 12.º CDPD). Resta-nos assim, o instituto da inabilitação, que numa interpretação conforme a Constituição, mais precisamente em sintonia com os direitos fundamentais da igualdade e da capacidade civil, deve ser dirigido a todas as pessoas que “se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património”, adoptando-se, sempre que possível, uma agilização da atuação do curador, assumindo este uma maior função de apoio, em detrimento de uma atuação de substituição, conjugando-se o disposto nos artigos 152.º e 153.º do Código Civil com o preceituado no artigo 12.º da CDPD.<sup>83</sup>

#### 5.4. Para uma revisão constitucional

Por último, uma nota a propósito dos artigos 13.º, n.º 2 e 71.º, n.º 2, ambos da Constituição, mediante uma constatação e uma proposta, a realizar simultaneamente. A constatação é que este último segmento normativo

---

Natália Alvarez; SEOANE, José António, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de las personas con Discapacidad”, *Derecho Privado Y Constitución*, Num. 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66 (48-59); CUENCA GÓMEZ, Patricia, ob. cit., 2012, pp. 76 e ss.. Mas para um visão completa DAYTON, Kimberley A (Edited by), *Comparative Perspectives on Adult Guardianship*, Durham: North Carolina, Carolina Academic Press, 2014. Na doutrina nacional e entre outros, ROCHA RIBEIRO, Geraldo, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 291 e ss., referindo-se aos institutos austriacos da *Sachwalterschaft*, alemão da *Betreuung*, francês de *Sauvegarde de justice*, o italiano *amministrazione di sostegno* de 2004, bem como a virtualidade das directivas antecipadas de vontade; TÁVORA VÍTOR, Paula, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 165 e ss..

<sup>83</sup> No ordenamento jurídico espanhol veja-se neste sentido CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, Época II, N.º 24, 2011, pp. 221-257 (257), fazendo uma leitura crítica da sentença do Tribunal Supremo de Espanha n.º 282/2009 de 29/abr.. Num sentido mais complacente ONTIVEROS BAQUERO, Carmen Pérez, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Sistema Español de Modificación de la Capacidad de Obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, N.º 23, 2009, pp. 335-368.

pode resultar numa redundância, que um legislador constituinte mais atento aos direitos fundamentais das pessoas vulneráveis em razão da diminuição das suas capacidades e empenhado na existência de uma coerência normativa, deveria ultrapassar. Para o efeito, e esta é a proposta, deveria reformular o disposto naquele artigo 13.º, n.º 2, integrando a diminuição da capacidade como factor proibitivo de discriminação, sabendo-se que o regime constitucional das restrições aos direitos tem expressão no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Para o efeito, basta seguir o exemplo da Lei Constitucional 1/2004, mediante o qual se passou a fazer referência à “orientação sexual”, para uma melhor compreensão do sentido da igualdade no tratamento jurídico, de modo que esse factor, como os demais aí claramente enunciados, não sejam a base de uma discriminação. Aliás e muito embora se reconheça que o citado artigo 13.º, n.º 2 integra factores meramente indicativos, não deixa de ser verdade que os mesmos são os expoentes identificativos das maiores arbitrariedades históricas de discriminação e daí a sua menção constitucional.<sup>84</sup> E que se saiba as tais “pessoas deficientes” têm não só o estigma social de pertencerem a uma vasta minoria ostracizada, como um longo percurso histórico de negação dos mais elementares direitos, justificando-se essa inclusão constitucional. Para o efeito, basta recordar as políticas de eliminação ou de prevenção forçada dos tais “deficientes”, como sucede com as práticas de eugenismo, as quais ocorrem desde a antiguidade, até seu controlo biopolítico dos nossos tempos, mediante uma estratégia de normalização do corpo. Aliás, a proibição da discriminação em função exclusiva da diminuição da capacidade, tem merecido ultimamente reconhecimento constitucional, como sucedeu de modo pioneiro com a Constituição Alemã, tendo, em 1994, sido acrescentado ao seu artigo 3.º, n.º 2 que “Ninguém pode ser discriminado por causa da sua deficiência” (*Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden*).<sup>85</sup> No mesmo sentido seguiram-se as Constituições Sul-Africana de 1996 (9.º, 3), da Suíça de 1999 (8.º, 2) e da Áustria, após a Reforma de 2005 (7.º, n.º 1).<sup>86</sup> Também a CDFUE, que vincula os seus Estados-membros, estabelece no seu artigo 21.º, n.º 1 a proibição da discriminação em razão da deficiência. O legislador constitucional tem, assim, o caminho facilitado para incluir a diminuição das capacidades como um factor expresso de proibição discriminatória.

<sup>84</sup> BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid: Editorial Sistema, 1991, pp. 48/9.

<sup>85</sup> *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, pp. 3146-3148, sendo nossa a tradução.

<sup>86</sup> LORENZO, Rafael de; PALACIOS, Agustina, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, in LAORDEN, Javier (Director), *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Vol. I — Aspectos Jurídicos, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 3-123, traçam, a dado momento, uma panorâmica comparada das Constituições europeias (82-92), como americanas (93-103) e africanas (103-105).