

O ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DO MAIOR ACOMPANHADO

LUÍSA NETO

Resumo: o artigo discute a relação entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto constitucionalmente e os condicionamentos colocados por específicas situações de vulnerabilidade à suscetibilidade de gozo e exercício de direitos fundamentais nos termos e para efeitos do novo regime do maior acompanhado.

Palavras-chave: vulnerabilidade; autonomia; livre desenvolvimento da personalidade.

Abstract: *the article discusses the relationship between the right to free development of personality constitutionally enshrined and the conditions imposed by specific situations of vulnerability to one's enjoyment and exercise of fundamental rights, in what concerns the new legal status of incapacitation and civil guardianship.*

Keywords: *vulnerability; autonomy; free personality development.*

“[P]artindo¹ de uma compreensão pluralista do Direito constitucional que há de contribuir para cimentar uma sociedade inclusiva², a proteção hodierna dos direitos fundamentais enfrenta desafios decorrentes das tensões entre unidade e diversidade e das exigências de proteção acrescida em caso de vulnerabilidades múltiplas³ e não raro cruzadas e⁴ reclama a consideração

¹ As considerações *infra* foram já objeto de sobreposta publicação sob o título *Vulnerabilidade e capacidade de gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto*, in (Org. Luísa NETO e Anabela LEÃO), *Autonomia e Capacitação* — Actas do Seminário da FDUP, CIJE/FDUP e Universidade do Porto, 2018, pp. 89-99.

² A discussão da sociedade inclusiva reclama o diálogo entre contributos provenientes, seja de diferentes níveis/instâncias de proteção (interna e externa) de direitos fundamentais, seja de diferentes ordenamentos jurídicos, como foi também recentemente apontado, *v.g.*, pelo Conselho da Europa: Council of Europe, *Cultural participation and inclusive societies — A thematic report based on the Indicator Framework on Culture and Democracy* Strasbourg, Council of Europe Publishing, 24-03-2017.

³ Sobre os conceitos, *v.* REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 251 e ss., e, para uma discussão prática no contexto da discriminação em função do género e da deficiência, DAVAKI, Konstantina, MARZO, Claire, NARMINIO, Elisa e ARVANITIDOU, Maria *Discrimination generated by the interesection of gender and disabilities*, Bruxelas, Parlamento Europeu, 2013.

⁴ *V.g.*, nos termos adiantados por BARRANCO AVILÉS, María del Carmen e MUGURUZA, Cristina Churruca (coord.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Madrid, Tirant lo

específica do princípio da igualdade e a consideração de um — eventualmente genérico — dever de cuidado cometido ao Estado⁵. São estes os parâmetros de análise que cumpre considerar.

1. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

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

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

Blanch, 2014 e ARLETTAZ, Fernando, e PALACIOS SANABRIA, María Teresa, *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*, Universidad Zaragoza/Universidad del Rosario Editorial, 2015. Sobre a específica relevância jurídica do conceito de estereótipo, com ênfase na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, v., *inter alia*, PERONI, Lourdes e TIMMER, Alexandra, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, in *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 1056-1085, “<https://doi.org/10.1093/icon/mot042>”, e TIMMER, Alexandra, “Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law”, in *The American Journal of Comparative Law*, 63 (1), 1 2015, pp. 239-284, “<https://doi.org/10.5131/AJCL.2015.0007>”.

⁵ Nos termos, por exemplo, destacados por PAUTASSI, Laura C., *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Mujer y desarrollo, Série 87, Publicación de las Naciones Unidas, Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2007.

⁶ A expressão não é nossa como é sabido, tendo sido a utilizada pelo legislador constituinte alemão no n.º 2 do artigo 1.º da *Grundgesetz*.

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

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

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

Não obstante o inequívoco reflexo mútuo e interpenetração, é a perspetiva dos direitos fundamentais que nos interessa, não deixando de reforçar que o princípio da igualdade é uma pedra de toque da diretividade constitucional. O seu impulso dirigente implica que as leis sejam um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fácticas. Esta vinculação e capacidade dirigente implicam uma conceção complexa, coerente, integrada e compreensiva do regime constitucional dos direitos fundamentais¹⁰, com imbricação das conceções liberal e social, e que aponta para um novo paradigma, de raiz mais solidária¹¹ e comunitária, superador da conceção puramente liberal e individualista que fundou os direitos públicos subjetivos.

Sendo a capacidade tradicionalmente entendida como medida da personalidade jurídica imbrincada no reconhecimento da titularidade de direitos, importa recordar que nos termos do n.º 4 do artigo 26.º do nosso texto fundamental, “(...) as restrições à capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei”.

Por outro lado, lembre-se ainda que na senda expressa da Constituição alemã¹², a Constituição da República Portuguesa veio ainda ampliar o rol de direitos liberdades e garantias na revisão constitucional de 1997, para abranger a previsão no n.º 1 do artigo 26.º do direito ao desenvolvimento da personalidade¹³, que se pode considerar uma projeção dinâmica do direito à

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

¹⁰ GOMES CANOTILHO, J.J. e MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 99-106.

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

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

¹³ Gomes Canotilho sempre defendeu que tal conceção podia ser também encontrada na Constituição da República Portuguesa, em especial no artigo 73.º. Hoje, depois da Revisão Constitucional de 1997, encontra acolhimento expresso. Diga-se, no entanto, que a

reserva de intimidade de vida privada¹⁴. Tal direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade — em que Paulo Otero reconhece sete dimensões específicas decorrentes de uma central liberdade unificadora¹⁵ — verte-se ao menos em uma dimensão individual, que se articula com o direito à diferença, mas também em uma dimensão social impostergável na vida do indivíduo comunitariamente integrado¹⁶⁻¹⁷. Aliás, esta mínima dupla dimensão sempre decorreria do reconhecimento da eficácia vertical — face ao Estado e a entidades públicas —, mas também se não olvide a eficácia horizontal — face aos particulares — destes direitos.

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

Constituição Alemã refere expressamente o “livre” desenvolvimento, o que veio a ser suprimido na disposição constitucional portuguesa, mas sem que daí possa decorrer qualquer conclusão. Um desenvolvimento não livre sempre seria o inverso do que se torna mister afirmar. Assim, ainda que a expressão alemã *freie Entfaltung* contenha um sentido mais amplo que aponta claramente para as ideias de autonomia e de livre “exteriorização” e “realização” da personalidade (e não tanto para uma ideia de “formação” da personalidade), as diferenças assinaladas não excluem que muitas das concretizações jurisprudenciais do direito alemão, feitas a respeito do n.º 1 do artigo 2.º da Lei Fundamental, possam e devam ter tutela no direito português.

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

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

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

¹⁷ MOTA PINTO (nota 16), p. 159.

¹⁸ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 283, 286 e 287-288, em comentários sobre o artigo 26.º da Constituição Portuguesa.

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

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

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

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

Assim, nos modernos estados democráticos e plurais, limitar a possibilidade de decisão da pessoa parece ceder frente ao reconhecimento da autonomia como elemento da dignidade, em especial na esfera mais íntima de que se tratou na qual não há interferência na esfera de terceiro, nem suscita maiores problemas sociais: “[o] relacionamento entre o direito objetivo e o direito subjetivo de personalidade está ancorado no diálogo entre o bem comum e o bem próprio, entre a comunidade e a pessoa”, escreve Pedro Pais de Vasconcelos²⁰.

¹⁹ MIRANDA e MEDEIROS (nota 18), p. 286.

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

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

2. AUTONOMIA E VULNERABILIDADE

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

Nestes direitos da personalidade — ou neste direito geral de personalidade —, como direito subjetivo, o poder está ao serviço do eu — que não se confunde apenas com a vontade — e dos outros²³. Eis a razão radical do fundamento último do direito geral de personalidade, ou dos direitos de personalidade, em que a pessoa é, simultaneamente, o objeto e o sujeito de direitos. Em segundo plano, a proteção da pessoa exige a proteção do seu desenvolvimento, da sua maturação, bem como da sua autenticidade como centro de decisão.

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

Caio Mário da Silva Pereira²⁴ elucida, no entanto, que “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”.

Mas não é necessariamente da irrestricção deste direito que aqui hoje importa falar. Importa salientar a proteção, a discriminação positiva, a atenção

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

²² CAPELO DE SOUSA, (nota 7), pp. 93-100.

²³ CAMPOS, Diogo Leite de, “O Direito e os Direitos de personalidade”, ROA, Ano 53/II, 1993, abril/junho, p. 224.

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

à diferença que resulta de um específico estatuto por natureza prodromicamente diminuído, mas que há de ser compensado e proporcionalmente monitorizado. A diminuição a que nos referimos pode resultar da importação do vocábulo “vulnerabilidade”, conceito muito lato e não unívoco para todos os ramos do Direito, combinando em larga medida uma justificação médica e uma justificação social. De facto, “vulnerabilidade” é um termo polissémico. Decorre da palavra latina *vulnerare*, que significa magoar, ofender. Levando em conta essa origem, a palavra “vulnerabilidade” refere-se ao caráter do vulnerável, do que apresenta fragilidade e pode ser atacado ou sujeito a especial dano. A propriedade ganhou nas últimas décadas cada vez mais significado relacional, no sentido de que deixou de ser vista como uma característica individual do próprio sujeito, para se tornar uma característica que se manifesta na relação do sujeito com o contexto em que ele está inserido²⁵. A vulnerabilidade surge, assim, como um fenómeno transversal e universal que pode afetar qualquer pessoa de maneira episódica ou permanente.

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

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

Finalmente, o conceito também foi introduzido pela Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de 1997, que estabelece no artigo 8.º o “res-

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

peito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal” e a respetiva escalpelização deve-se em especial às recomendações do Conselho da Europa acolhidas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências de Vida e aos reflexos da Convenção de Oviedo e da Recomendação 1418 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre a proteção dos direitos e da dignidade dos doentes incuráveis e dos moribundos, adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 25 de junho de 1999 e reforçada em 2003 pela Recomendação 24 do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre a organização de cuidados paliativos.

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

3. A CONSIDERAÇÃO DA (IN)CAPACIDADE

A (in)capacidade encontra limites claros na sua regulação normativa, atento o *indirizzo* constitucional. Nesta perspetiva, fica excluído — *rectius*, só pode ficar excluído — apenas o exercício daqueles direitos fundamentais para os quais não acha condições naturais realistas de viabilidade. Esta decorrência do regime restritivo das restrições encontra desenvolvimento e atualidade que devem ser encarados nesta revisitação do tema através de novos institutos e regimes jurídicos.

Sempre naturalmente com o fundamento político e ético na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e no seguimento da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 9 de dezembro de 1975, que aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, e da orientação propugnada pela Resolução n.º 1990/26 do Comité Social, Humanitário e Cultural, relevantes preocupações se condensaram, em termos sistematicamente relevantes, nas Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência, aprovadas por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 4 de março de 1994.

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

Se se pode mencionar em especial os artigos 5.º, 12.º e 13.º de tal instrumento normativo, diga-se, no entanto, que, sem prejuízo destas novas — e fundamentais previsões —, o ordenamento jurídico português encontrara, desde logo, uma primeira formulação de todas estas preocupações ao nível

da lei constitucional, que no seu artigo 71.º desde a versão originária de 1976 sempre consagrara um direito fundamental das pessoas com deficiência e no artigo 72.º se dedicou à previsão protetiva da *terceira idade* — tomando aqui a(s) parte(s) pelo todo no que corresponde a previsão constitucional de vulnerabilidade. Estes direitos comportam duas dimensões essenciais. Por um lado, uma vertente negativa, que consiste no direito das pessoas com deficiência ou na terceira idade a não serem privadas de direitos ou isentas de deveres e que se analisa, portanto, num específico direito de igualdade. Por outro lado, a mesma previsão comporta ainda uma vertente positiva, que consiste no direito a exigir do Estado a realização das condições de facto que permitam o efetivo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres.

“[A] deficiência é uma de entre todas as possibilidades do ser humano e daí o dever ser considerada, mesmo se as suas causas e consequências se modificam, como um facto natural (...) de que falamos do mesmo modo que o fazemos em relação a toda as outras potencialidades humanas”, determinava a UNESCO em 1977²⁶.

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

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

Apresenta-se a distinção *supra* — que resultou da Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Handicaps de 1980 (conhecida pelo

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

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

²⁸ OMS (nota 27), p. 36.

acrónimo CIDIH) e que veio a ser substituída pela mais recente Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), adotada pela Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde em maio de 2001 — por nos parecer sintomática da miríade de possibilidades de que a mesma se pode revestir.

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

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

A proteção assume hoje então o modelo da integração — siga-se a classificação de Soder³⁰, segundo o qual a integração pode ser primordialmente física, funcional, social e societal, ou a de Meijer³¹, que distingue a integração física, terminológica e funcional, administrativa, social e psicológica.

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

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

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

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

³¹ MEIJER Cor J. W., PIJL, Sip Jan e HEGARTY, Seamus, *New Perspectives in special education. A Six-country Study of Integration*, London and New York, Routledge, 1995 (1st published 1994), pp. 5 e ss..

4. O DEVER DE CUIDADO COMO PROMOÇÃO DA CAPACITAÇÃO

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

Articulando tendências universalistas anteriores com esta preocupação, tem o ordenamento jurídico português vertido *indirizzi* em diplomas como a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que precisamente aprovou o novo regime do maior acompanhado³² (ou ainda, em termos sistematicamente conexos, como o Decreto-Lei n.º 129/2017, de 9 de outubro, que instituiu o Programa «Modelo de Apoio à Vida Independente», entretanto alterado pelo Decreto-Lei n.º 27/2019, de 14 de fevereiro).

Se o regime do maior acompanhado vem pretensamente flexibilizar um processo outrora rigidificado nas normas do Código Civil, o certo é que a jurisdicionalização introduz questões complexas de insegurança jurídica que só num futuro mais longo se farão sentir. Operando sempre o Direito um equilíbrio frágil entre a justiça e a segurança, talvez que neste caso a busca pela solução justa, paradoxalmente, afaste dos tribunais as questões que se visava fazer próximas.

No entanto, e ainda que sujeitos a discussão quanto às respetivas soluções, os diplomas em causa convocam exemplificativamente uma cultura de promoção da agência e de uma verdadeira capacitação (“capability”, nos termos propostos por Amartya Sen e desenvolvidos por Martha Nussbaum). Para Amartya Sen, a agência depende da capacidade de escolher pessoalmente as funções que se valorizam, uma escolha que pode não se correlacionar com o bem-estar pessoal. Vista como oportunidade e processo³³, e tal como proposta por Sen, a liberdade aproxima-se da capacidade (*capability*)³⁴

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

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

³⁴ SEN (nota 33), pp. 58 e 59: “Considerando que uma capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilização que emana dessa aptidão — desse poder — também passa a fazer parte da perspectiva das capacidades, e isto pode dar lugar a que se fale de um dever — aquilo que, em termos amplos, podemos apelidar de exigências deontológicas”.

potenciada pela equidade³⁵. De facto, e neste sentido, “quando vista em termos de oportunidades, a vantagem de uma pessoa será menor do que a de outrem³⁶, se ela tiver menor capacidade — uma menor oportunidade real — para conseguir realizar aquelas coisas a que, por alguma razão, dá valor³⁷”.

Está aqui em causa a aplicação desejada de um *critério realista da capacidade natural na formação da livre vontade da pessoa*, como acentuado de forma clara no aresto do Tribunal da Relação do Porto de 26-09-2019³⁸, em termos que diretamente decorrem dos imperativos de otimização do princípio da igualdade vertido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, aliás entendido enquanto imposição de discriminação positiva nos casos de evidente vulnerabilidade.

Da ligação entre a liberdade e a fundamentação potencial da capacitação decorre a eliminação da distinção entre *positive* e *negative freedom* e entre direitos de 1.ª e 2.ª geração, passando a centrar-se aqui o foco da avaliação da viabilidade dos direitos liberdades e garantias e dos direitos sociais que todos — todos mesmo — devem efetivamente ser titulares.

³⁵ SEN (nota 33), p. 346 e ainda pp. 396, 398 e 401.

³⁶ SEN (nota 33), p. 334, articulando capacidade e liberdade como oportunidade e as capacidades, indivíduos e comunidades, reconhecendo que “houve alguns críticos da perspetiva da capacidade que, na concentração de atenções sobre capacidades de pessoas, viram uma má influência vinda daquilo a que se tem chamado — e não se pense que é elogio — “individualismo metodológico”.

³⁷ SEN (nota 33), p. 319.

³⁸ Tirado no processo n.º 13569/17.1T8PRT.