

***Autonomia, discapacidade e
maior acompanhado :
capacitação e direitos humanos***

***Joaquim Correia Gomes
Juiz Desembargador***

Lisboa, 11/dez./2020

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Autonomia – uma ideia política

1. *autonomia* (αὐτονομία) *auto* + *nomos*

- Etimologia: “por si” + “norma” ou “lei”
- sentido literal - “auto-legislação”
 - sentido teleológico - “auto-governança”
 - sentido normativo – “auto-regulação”
- autonomia da cidade (*polis*) (Heródoto) ≠ autonomia da pessoa (Sófocles – Antígona)

a) manifestação política ou comunitária

- i) contexto de política de estados e das respectivas comunidades
- ii) produção e aplicação das suas próprias leis ou “auto-governança”

b) expressão individual ou pessoal – estóicos

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Autonomia – uma ideia política

2. “autarkeia” (αὐτάρκεια) *autar* + *keia*

- Etimologia: “por si” + “próprio”
- sentido literal – “por si mesmo”
 - sentido teleológico – “autossuficiência”
 - sentido normativo – “independência”
- Independência da *pólis* em relação ao mundo exterior (Aristóteles)
 - a) **Objetivamente - manifestação política ou comunitária**
 - i) A sociedade tem o que é suficiente e necessário
 - ii) A capacidade para superar as suas necessidades sem o apoio de outros
 - b) **Subjetivamente - máxima revelação do individualismo (estóicos)**
 - i) A felicidade existe independentemente dos circunstancialismos externos
 - ii) Um estado da mente plenamente completo e satisfeito consigo mesmo

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Autonomia – uma ideia relacional

3. Autonomia relacional – dimensões interdependentes

- **autodeterminação** - condições externas/oportunidade
- **auto-governança** - condições internas habilidade/capacidades necessárias
- **auto-autorização** - autoridade normativa – responsabilidade, atitudes de autoavaliação e reconhecimento social

ser humano vulnerável e dependente

Autonomia → ← pessoa → ← ambiente → ← relações

➤ As medidas da autonomia

- a) **Autodefinição** valores, crenças, objetivos
- b) **autorrealização** interna/externa
- c) **auto-unificação** integração
- d) **auto-constituição** compromissos

Capacitação e Direitos Humanos

□ - Autonomia – uma ideia de capacitação

4. Autonomia heterogénea – teoria das diferenças

- identificação e combinação das funções humanas em concreto
- a pessoa: capaz de fazer e de ser
- estabelecer e desenvolver funcionalidade seguras

vulnerabilidade, dependência, oportunidades

Autonomia → ← capacidades → ← funcionalidades → ← apoios

- As medidas das capacidades

a) Capacidades concretas e a sua valorização b) circunstâncias contingentes e adversas c) meios ou instrumentos existentes e necessários

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

1. *Convenção Direitos Pessoas Deficiência*

ONU aprovada 13/dez./2006, adoptada N.Y. 30/mar./2007 Res. A.R. n.º 56/2009 e 57/2009

1.1. A primeira declaração dos direitos humanos do Século XXI

1.2. “a universalidade, indivisibilidade, interdependência e correlação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” [Preâmbulo alínea c)]

1.3. Não se pretende reconhecer novos direitos humanos, mas, essencialmente, a densificação do seu conteúdo

1.4. Pessoas com “incapacidades duradouras físicas e mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros” (1.º II Parte)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

2. Da deficiência à discapacidade

2.1. **Modelo individual e médico** fixa-se na reabilitação = políticas e institutos de proteção e recuperação

2.2. **Modelo social** acentua a componente societária = bloqueadora da plena integração

2.3. **Conceito biopsicossocial** das capacidades e não da deficiência (*impairments*)

2.4. Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF) OMS - 2001

(a) linguagem de referência, unificada e padronizada

(b) estruturar o conceito no domínio da saúde – explicitar significado não consequências

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

2. Da deficiência à discapacidade

2.4. Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF) OMS – 2001
funcionalidade (functioning) (i), compreenderia as funções e estruturas do corpo, a sua atividade e participação

“*incapacidade (disability)* (ii), tanto abrangeria as deficiências (*impairments*), como as limitações de atividade ou restrições de participação

2.5. A linguagem incerta do Estado Português

- | | |
|-----------------|---|
| (a) DGS ICF | <i>impairment</i> = deficiência; <i>disability</i> = incapacidade |
| (b) CDPD | <i>disability</i> e <i>impairment</i> = deficiência |
| (c) CPI Adultos | <i>impairment</i> = deficiência; <i>insufficiency</i> = insuficiência |

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

2. Da deficiência à incapacidade

2.6. Especificidades da Tradução jurídica

a) Tradução de um texto legal - primeira interpretação jurídica

b) Transposição linguística e assimilação jurídica

1. Disability Studies deficiência (*impairment*), incapacidade (*disability*), diversidade (*diversity*)

2. Hispânicos - incapacidad

3. Italianos - disabilità

4. Franceses - *handicap* (*hand-in-cap* - mão no chapéu)

5. Alemães – Behinderung(en), Behinderten

6. incapacidade (limitação ou ausência de capacidade) ≠ deficiência (défice; imperfeição)

prefixo gr. *dys* = limitação lat. *dis* = ausência; *dis-ability* (*ability* = capacidade)

Capacitação e Direitos Humanos

- Discapacidade e capacidade jurídica

3. Cartografia específica de direitos humanos

3.1. Princípios orientadores (3.º)

1. Dignidade humana

2. Autonomia (\neq autocracia \neq autossuficiência), a liberdade de escolher

3. Independência das pessoas com incapacidades

4. Igualdade e não discriminação

5. Respeito pela diferença e a diversidade humana

6. Participação plena e efetiva na sociedade

3.2. Compromisso Estados - assegurar e promover (4.º, 1)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

4. Reconhecimento capacidade jurídica – legal capacity

4.1. Artigo 12.º CDPD

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica em qualquer lugar.
2. Os estados partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm capacidade jurídica **em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida.**
3. Os Estados Partes tomam **medidas apropriadas** para providenciar acesso às pessoas com deficiência **ao apoio** que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica.
4. Os Estados Partes asseguram que todas as medidas que se relacionem com o exercício da capacidade jurídica fornecem as **garantias apropriadas e efectivas** para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos.

Capacitação e Direitos Humanos

□ - Discapacidade e capacidade jurídica

4. Reconhecimento capacidade jurídica – legal capacity

4.2. Artigo 12.º, n.º 4 II CDPD

Texto Diário República

Tais garantias asseguram que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica em relação aos direitos, vontade e preferências da pessoa, estão isentas de conflitos de interesses e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, ...

Texto oficial em inglês

Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, ...

Texto proposto

Tais garantias devem assegurar que as medidas relacionadas com o exercício da capacidade jurídica respeitam os direitos, vontades e preferências da pessoa, estão isentas de conflitos de interesses e influências indevidas, são proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, ...

4.3. Artigo 33.º, 1 Convenção Viena Direito Tratados

Quando um tratado for autenticado em duas ou mais línguas faz fé em cada uma dessas línguas

Capacitação e Direitos Humanos

□ - Discapacidade e capacidade jurídica

5. O direito humano à capacidade jurídica

5.1. Novo paradigma

- i) primazia dos modelos de apoio (\neq modelos de substituição)
 - ii) assegurar os direitos, vontades e preferências pessoa discapacitada (\neq melhor interesse)
 - iii) igualdade de capacidade jurídica (= capacidades de direitos)
- qualquer pessoa deve decidir por si, de acordo com a sua vontade e desejos, e não através de outros, ainda que em sua representação ou que estes procurem o seu melhor interesse
- iv) arquétipo da capacidade jurídica (= casos regra)

Casos mais difíceis (*hard cases* v.g. plena e profunda incapacidade mental) → Excepções

5.2. Comissário Direitos Humanos CE, Rec. 20/12/2012 “Quem deve decidir?”

- 1) mecanismos europeus capacidade jurídica são obsoletos
- 2) revisão legislativa com base no artigo 12.º CDPD
- 3) abolição incapacidade total e a tutela plena

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Discapacidade e capacidade jurídica

5. O direito humano à capacidade jurídica

5.3. Comentário Geral n.º 1 (2014) Com. DPD - 12.º CDPD

1) diferenciar a capacidade jurídica (i), aptidão titular e exercício de direitos e obrigações, da capacidade mental (ii), corresponde à habilidade para uma pessoa tomar as suas decisões, sendo a mesma variável de pessoa para pessoa, dependendo ainda de diversos factores (§ 13)

2) abandonar o critério do “melhor interesse” (*best interests*), substituindo-o pelo critério da “vontade e preferência” (i) e quando tal não seja possível pela sua “melhor interpretação possível” (ii) (§ 21)

3) necessidade de passar-se de um regime de substituição (tutela plena, interdição judicial, tutela parcial) para um regime de apoio (§ 26, 27).

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

1. As causas de acompanhamento (138.º)

➤ O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente **os seus direitos** ou de, nos mesmos termos, cumprir os **seus deveres**, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código

➤ **Causas subjetivas** a) impossibilidade absoluta ou parcial? b) interesses: individuais?! terceiros??

➤ **Causas objetivas** conceito indeterminados, juridicamente relevantes, descrições empíricas **conceito relacional (Arthur Kaufmann) → capacidade jurídica → autonomia + capacitação**

saúde ≠ doença → **doença (é um problema de saúde) incapacitante**

??? (individual?! Pública??) insuficiência (1.º CPIA) doença avançada no final vida (Lei 31/2018)

deficiência (???) 2.º Lei 38/2004, 3.º DL 126-A/2017, **e) Pre CDPD → conceito pivot discapacidade**

Comportamento (???) prodigalidade, dependências aditivas (v.g. alcoolismo, toxicodependência, tabaco), vícios de comportamento compulsivos (jogo, sexo, compras, cleptomania), dependências tecnológicas digitais - iDisorder (internet, computadores, telemóveis) → **incapacitante**

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

2. Noção de deficiência / discapacidade (CDPD al. e) Preâmbulo)

“Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras

Texto oficial inglês

“Recognizing that **disability** is an evolving concept and that **disability** results from the interaction between persons with **impairments** and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others;

Texto oficial espanhol

“Reconociendo que la **discapacidad** es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con **deficiencias** y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

Texto proposto

Reconhecendo que a **discapacidade** é um conceito em evolução e que a **discapacidade** resulta da interação entre pessoas com **deficiências** e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efectiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

3. As causas de acompanhamento (138.º)

➤ Impossibilidade suficientemente forte (≠ meramente indiciária)

1.º) direito humano à capacidade jurídica em condições de igualdade com as demais pessoas - aplicabilidade direta e efeitos imediatos (12.º, 2 CDPD)

2.º) Princípios reserva lei / confiança jurídica [precisão (conteúdo) determinabilidade (limites)]

3.º) Princípio da legalidade da restrição da capacidade civil (26.º, n.º 4 C. Rep.)

4.º) princípio da intervenção mínima → constrição do direito fundamental à capacidade civil tem um carácter extraordinário (18.º, n.º 2 C. Rep.)

lex certa, scripta, stricta et praevia

5.º) presunção civil de plena capacidade de exercício de direitos → toda a pessoa maior (de 18 anos) está habilitada a governar a sua pessoa e os seus bens (130.º C.C.)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

4. Causas acompanhamento – interpretação harmoniosa

➤ Uma proposta de leitura pro personae das causas de acompanhamento

➔ em conformidade com as características de certa pessoa

restrita à sua *capacidade mental*, mas mediante uma concepção extensa e diferenciada dessa capacidade, existem circunstâncias [saúde (doença) 🤒, incapacidade 🤔 (deficiência + barreiras sociais), comportamento 🤪] que

➔ em termos funcionais, de um modo global ou particular 🧐

reduzem ou eliminam as suas aptidões de autonomia pessoal

(capacidade básica de autogoverno e autodeterminação)

para dirigir a sua pessoa, administrar os seus bens e celebrar actos jurídicos em geral

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

5. Objectivos e supletividade (140.º)

- paternalista (“assegurar o seu bem estar”) e médicos (“sua pronta recuperação”)
- **Proposta de leitura orientada das causas de acompanhamento através da CDPD**
dignidade humana, preservação autonomia pessoal, igualdade, inclusão, respeito
diferenças
- O carácter supletivo tem conformidade constitucional (18.º, n.º 2 e 3 Constituição)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

6. Medidas de acompanhamento através do tribunal (145.º)

➤ Medidas jurisdicionais

1.º) necessárias, adequadas e na justa medida a cada situação e assegurando interesses legítimos

2.º) a) Exercício das responsabilidades parentais b) representação geral e especial c) administração total ou parcial dos bens d) autorização prévia para certos actos

e) intervenções de outro tipo devidamente explicitadas

i) sistema apoio à decisão (consulta prévia) ii) sistema codecisão (conjunta) iii) sistema apoio total (pleno e integral) iv) património protegido (separado, destino)

3.º) Disposição de bens imóveis (móveis sujeitos a registo?) autorização judicial prévia/específica

4.º) representação legal (geral) regime da tutela (1921.º, n.º 1 CC)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Maior acompanhado

7. Medidas de acompanhamento extra-tribunais

➤ Medidas não jurisdicionais

i) mandato de prevenção futura – acompanhante

ii) Diretivas antecipadas de vontade – procurador

iii) Planeamento global dos cuidados e do património - assistente mandatado (v.g. acordo de apoio; acordo de codecisão (2.º, n.º 1, al. u) CRPredial);

iv) contrato promessa de alimentos (405.º, 410.º CC)

v) contrato permuta (TRP 09/10/2018)

vi) fideicomisso (2286.º CC)

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - O outro lado do espelho

1. A CDPD veio situar as pessoas com incapacidade como sujeitos de direitos e não como objecto dos mesmos, assente num modelo de direitos humanos
3. Os poderes do acompanhante devem ser dirigidos ao apoio à tomada de decisões das pessoas acompanhadas, respeitando os seus direitos, desejos, preferências e vontades, sendo tais poderes distintos e variáveis de acordo com as funcionalidades de cada pessoa
4. A lei do maior acompanhado (i) deve ser interpretada à luz da Constituição (ii) e da CDPD (iii), mediante uma leitura harmoniosa (*actio triplex*), preservando a autonomia e incrementando a capacitação das pessoas acompanhadas

Capacitação e Direitos Humanos

☐ - Bibliografia e jurisprudência Joaquim Correia Gomes

- i) “Constitucionalismo, deficiência mental e incapacidade: um apelo aos direitos”, *Revista Julgar*, n.º 29, 2016, pp. 119/151
- ii) “Autonomia e (In)capacidades: passado, presente e futuro”, in NETO, Luísa, LEÃO, Anabela Costa, *Autonomia e capacitação – Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência*, Porto: Biblioteca RED, FDUP-CIJE, 2018, pp. 45/70,
- iii) “Preâmbulo”, in GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paula Távora, in *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Comentário*, Lisboa: INCM, 2020, pp. 23/32
- iv) “Os direitos humanos e o maior (des)acompanhado: Causas e medidas de capacitação”, *Revista Julgar*, n.º 41, 2020, pp. 49/76
- v) Acs. TRP de 26/set./2019, 21/nov./2019 www.dgsi.pt