

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

9

NOVEMBRO 2018

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da *Data Venia* e dos respectivos Autores

índice

- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 005** *Alterações em sede de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa*
António Xavier Beirão, Procurador da República
- DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 027** *Conformação constitucional das presunções hominis no âmbito do processo penal*
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 067** *A natureza jurídico-penal das imunidades dos titulares dos órgãos políticos de soberania*
Afonso Leitão, Advogado
- PROVA EM DIREITO PROCESSUAL
- 121** *Os limites da valoração da prova gravada por parte dos Tribunais de Recurso*
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO CONSTITUCIONAL E ARBITRAGEM
- 161** *Da inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro*
Narciso Magalhães Rodrigues, Juiz de Direito
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 197** *A Eurojust e a proteção de dados pessoais*
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 223** *A Internet e o Direito ao Esquecimento: análise jurisprudencial*
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITO CIVIL
- 251** *Direitos das pessoas com deficiência*
José Francisco Moreira das Neves, Juiz Desembargador
- DIREITO FISCAL
- 271** *Contrato de agência: tributação em IVA*
Adriana Monteiro, Advogada

Direitos das pessoas com deficiência

José Francisco Moreira das Neves

Juiz Desembargador

SUMÁRIO: O paradigma dos direitos das pessoas portadoras de deficiência tem vindo a alterar-se em todo o mundo e também em Portugal, na exata medida da progressiva efetividade dos direitos humanos. Esse é também o esteio do novel instituto do *maior acompanhado*, o qual deverá ser compreender-se como constituinte de uma cidadania plena, no quadro de um Estado Social de Direito e de uma sociedade decente.

A essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.

(HANNAH ARENDT)

1. Introdução ao tema

Tal como noutras áreas do saber também ao nível do Direito, mormente da garantia e operacionalidade dos direitos subjetivos das pessoas portadoras de deficiência, se vem evoluindo muito significativamente em Portugal, como no resto do mundo. Este incremento é mais notório nos países do nosso entorno

¹ Texto que serviu de base à comunicação apresentada no VII Seminário de Saúde Mental, sob o lema «Jovens e Saúde Mental num Mundo em Mudança», organizado pelo Centro Paroquial de Bem-Estar Social de São José, Diocese de Angra do Heroísmo, Hospital do Divino Espírito Santo, Ordem dos Psicólogos e CRESAÇOR, que decorreu no auditório do Centro Paroquial Pio XII, em Ponta Delgada, no dia 10 de outubro de 2018.

civilizacional, em direta consonância com a valorização dos direitos humanos, ocorrendo não por acaso a par dos notáveis progressos da medicina, da melhoria geral das condições de salubridade, de alimentação e de vida e consequente aumento da esperança média de vida das pessoas. Esta conjugação de circunstâncias vem exigindo dos decisores políticos novas estratégias viradas para o aprofundamento dos direitos pessoais e das práticas ligadas ao bem-estar e à qualidade de vida geral das pessoas - de todas as pessoas. A pedra de toque desta equação, que como referido é mais notória nos países democráticos mais desenvolvidos, são os direitos humanos, sob uma perspetiva consequente ao nível da cidadania, sobretudo nos âmbitos económico, social e cultural, com especial tradução no direito à saúde e à segurança social, numa inarredável valorização de todas as dimensões da vida.

2. Superestrutura normativa de referência

A superestrutura jurídica que envolve este temário é-nos dada, desde logo, pelo direito internacional convencional, construído a partir do fim da II Guerra Mundial, em desenvolvimento de diversas Declarações de Direitos precedentes ou coevas, afirmativas dos valores cimeiros que viriam a enformar o corpo normativo dos direitos humanos, designadamente dos princípios gerais constantes da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano; da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948; ou da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência Mental, produzida no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1971. É o que sucede, entre outros, com os seguintes Convénios:

- Pacto Internacional sobre Direito Económicos, Sociais e Culturais, de 1966;

- Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1978, e entrada em vigor em 1980;

- Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Castigos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, concluída em 1984 (em vigor na ordem internacional em 1987);

- Convenção Sobre os Direitos das Crianças, de 1989;

- Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006 (que entrou em vigor na ordem jurídica nacional em 2009);

E no contexto regional europeu:

- Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem (Humanos), de 1950;

- Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, concluída em 1987 e entrada em vigor em 1989;

- Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Biomedicina, concluída em 1997 e entrando em vigor em 1999;

- Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em 2000, que entrou em vigor em 2009 com o Tratado de Lisboa.

Mas quer as citadas Declarações quer o direito internacional convencional delas derivado ou inspirado advém da matriz cultural que enforma a chamada civilização ocidental, nomeadamente o valor supremo - hoje afirmado em todas as Constituições - da dignidade da pessoa humana. Este valor, de raízes antigas, convirá lembrá-lo, vem logo referido na Torah (no livro do Génesis, cap. I), quando nela se refere o homem como criação divina. Outro valor igualmente matricial que a par deste se vislumbra impregnado na moral vigente é o da igualdade entre os homens, derivado da fraternidade cristã: «todos os homens

são irmãos» (Novo Testamento, Colossenses, cap. 3, vers. 11). Vejamos, pois, brevemente, como se escora o Direito moderno, com referência a tais valores, na legislação internacional e nacional, com referência às pessoas portadoras de deficiência.

3. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006², contém as orientações normativas que condicionam a jusante todo o referencial jurídico, nomeadamente em matéria de universalidade, indivisibilidade, interdependência e correlação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais e a necessidade de garantir às pessoas com deficiência o seu gozo pleno. Sobre ela a primeira ideia que deverá reter-se talvez seja a de que se trata de um Tratado de Direitos Humanos. Tal espécie de tratados, como se intui, possui características especiais, vocacionados que estão para a proteção dos direitos humanos em geral. A mais disso, sendo instrumento normativo possui caráter vinculativo na ordem interna, com valor hierárquico supra legal.

A Convenção não define em termos concretos o que seja «deficiência», antes (muito realisticamente – anote-se) lhe traça um perímetro alargado – dada a diversidade de pessoas com deficiência –, referindo-se-lhe como sendo um conceito em evolução, nele se incluindo as pessoas que têm incapacidades duradouras, quer sejam físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, resultando da interação com várias barreiras que podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros (artigo 1.º, §

² A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 13 dezembro de 2006, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho.

2.º). O seu conteúdo normativo inclui, assim, não apenas a deficiência física e intelectual *stricto sensu*, mas também a doença mental e a doença neurológica.

Os princípios gerais que a caracterizam são: o respeito pela dignidade e autonomia individual das pessoas com deficiência, a não discriminação, a inclusão social e efetiva participação na sociedade, o respeito pela diferença, a igualdade de oportunidades e de acesso aos direitos de natureza social, a igualdade entre homens e mulheres e o respeito pelos direitos das crianças com deficiência.

Outro vetor essencial deste convénio advém da mudança estrutural, por superação, do *modelo médico convencional da deficiência* que até então vinha vigorando, assente que estava na consideração da deficiência como um problema de saúde do próprio indivíduo, cujas limitações (de cariz física, mental ou outra) teriam de ser por si ou por outrem (por um médico) resolvidas. O novo figurino que agora se apresenta, se pressupõe (e impõe), chamado de *modelo social da deficiência*, concebe-a de uma forma abrangente, para o qual concorrem fatores individuais, mas também sociais, ambientais e culturais, exige o envolvimento da sociedade, adaptando-se à pessoa com deficiência e não o contrário³. No paradigma anterior a deficiência constituía um fator perturbador da sociedade (perturbador da normalidade), aí se estribando a justificação para a discriminação da pessoa com deficiência. Rompendo com essa concepção a Convenção afirma o respeito pela diferença, prescrevendo que as pessoas com deficiência integram a diversidade humana (artigo 3.º, al. d), são sujeitos de direito (e não objeto de direitos) em paridade com todas as demais - plenitude de capacidade jurídica -, capazes de fazer escolhas, que devem ser livres e informadas tanto quanto possível, tendo, no mínimo (quando as circunstâncias de facto mais não

³ Com notas relevantes sobre esta evolução ver: Pessoas com Deficiência em Portugal, de Fernando Fontes, FFMS, 2016; e *Disability Studies – An interdisciplinary introduction*, Dan Goodley, 2.ª ed., 2017.

permitted) o direito de serem ouvidas⁴. A compressão do exercício de direitos decorrente da capacidade mental não pode, em nenhuma circunstância, justificar a supressão da capacidade jurídica, antes devendo proporcionar-se às pessoas com deficiência as adaptações consideradas razoáveis⁵. E em lógica consequência disso mesmo considera-se que a discriminação contra qualquer pessoa com base na deficiência constitui uma violação da dignidade humana.

A Convenção não escamoteia as condicionantes de cariz social que andam normalmente associadas à deficiência, lembrando que as mulheres e raparigas, bem como as crianças com deficiência estão muitas vezes sujeitas a um risco acrescido de violência, de lesões ou abuso, de negligência ou tratamento negligente, de maus tratos ou exploração, tanto dentro como fora do lar⁶. Reconhece também, expressamente, que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e com isso em profunda desvantagem social⁷. Por isso, prospectivamente, integra as questões das deficiências nas estratégias para um desenvolvimento sustentável, pugnano como crítica a necessidade de serem gizadas políticas ativas visando colmatar o impacto negativo da pobreza nas pessoas com deficiência.

Finalmente deverá sublinhar-se que tencionando dar aos direitos humanos o maior grau possível de tutela a Convenção consagra um princípio geral

⁴ É o que resulta dos considerandos n), r), v), bem assim como dos artigos 1.º, 5.º, 3.º al. a), 9.º, § 1.º e 2.º, al. f), 12.º, § 2.º, 3.º e 4.º, 18.º, § 1.º, 19.º, 21.º, 23.º, § 1.º, al. b) e 29.º, al. a) – iii).

⁵ «Adaptação razoável» para efeitos da Convenção designa a modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos e liberdades fundamentais (artigo 2.º). Vejam-se as referências ao conceito nos artigos 5.º, § 3.º; 14.º, § 2.º, 24.º, § 2.º, al. c) e 27.º, § 1.º, al. i).

⁶ É o que resulta, entre o mais, do considerando q), bem assim como dos artigos 3.º, al. h), 6.º, 7.º, 16.º, § 5.º, 23.º, § 3.º, 24.º, § 2.º, 28.º, § 2.º, al. b) e 30.º, § 5.º, al. d) da Convenção.

⁷ Conforme decorre dos considerandos t) e y) e do artigo 28.º, § 2.º, al. b) e c) da Convenção.

segundo o qual em nenhuma circunstância aquele convénio restringe quaisquer direitos já reconhecidos nos Estados-Parte às pessoas deficientes, emergentes de direito internacional neles vigente ou de leis ordinárias naqueles aprovadas, devendo o alcance de qualquer delas ser o mais protetor possível; da mesma sorte proscrevendo (proibindo) interpretações restritivas ou derogativas de normas nela constantes dos direitos já reconhecidos e garantidos com o pretexto de que a Convenção os não reconhece ou os reconhece em menor grau (artigo 4.º, § 4.º). Do mesmo passo e para o mesmo efeito exige-se aos Estados-Parte que mantenham, reforcem, designem ou estabeleçam a nível interno uma estrutura que inclua um ou mais mecanismos independentes, visando a promoção, proteção e monitorização da implementação dos princípios e regras constantes da Convenção (art.º 33.º). No respeitante à monitorização prevê-se que os destinatários dos direitos ou as suas associações representativas sejam envolvidos no respetivo processo. E no Protocolo Adicional estabelece-se um direito de queixa à Comissão (órgão próprio criado pela Convenção) depois de esgotados os recursos internos, prevendo-se igualmente que aquela Comissão realize inquéritos nos Estado-Parte, para investigar matérias relacionadas com violações sistemáticas e sérias dos direitos consagrados (art.º 34.º).

4. O direito interno precedente: constitucional e ordinário

A Convenção integra-se naturalmente no direito interno por via do princípio da receção previsto no artigo 8.º, § 2.º da Constituição, vindo a conjugar-se com o conjunto normativo pré-existente, nomeadamente:

- A Constituição da República Portuguesa, a qual logo no seu artigo 1.º prescreve que: *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...) empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.* Consagra os princípios da igualdade e da não discriminação (13.º); e no capítulo dos direitos fundamentais reconhece o direito à vida (24.º) à integridade pessoal

(25.º e 26.º), à liberdade e à segurança (27.º), o direito de acesso ao Direito e aos tribunais; o direito de deslocação (44.º), de participação na vida pública (48.º); e como direitos económicos, sociais e culturais, o direito ao trabalho (58.º), o direito à segurança social e à solidariedade (63.º), à saúde (64.º), à habitação (65.º) e à qualidade de vida (66.º), à fruição e criação cultural (78.º), entre outros, aplicáveis a todos, incluindo naturalmente às pessoas com deficiência e especificamente quanto a estas dispõe (no artigo 71.º):

1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, 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.

3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência.

- O Código do Trabalho⁸ e a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁹ contêm diversas normas conferidoras de direitos especiais aos trabalhadores com deficiência ou aos trabalhadores com dependentes portadores de deficiência.

⁸ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as alterações subsequentes.

⁹ Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, atualizada de acordo com a Declaração de Retificação n.º 37-A/2014, de 19 de agosto – com produção de efeitos a 1 de agosto de 2014; Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, com início de vigência a 1 de janeiro de 2015; e Lei n.º 84/2015, de 7 de agosto, com início de vigência a 6 de setembro de 2015.

- Por seu turno a Lei de Bases da Saúde¹⁰ assegura medidas especiais relativamente a grupos sujeitos a maiores riscos, como é o caso dos portadores de deficiência.

- A Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social¹¹ garante um sistema de previdência e medidas de promoção da inserção social, estabelecendo princípios de universalidade quanto à proteção social, de solidariedade e igualdade.

4.1 Acompanhamento de maiores

Arrimando-se no princípio da igualdade e reconhecimento de plena capacidade jurídica às pessoas portadoras de deficiência, o programa da Convenção preconiza um regime consequente de assistência e apoio às pessoas com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial no exercício dos seus direitos pessoais. Este figurino pressupõe um vasto leque de medidas, tendo na sua base o princípio de que as pessoas com deficiência são os principais decisores da sua vida e não sujeitos passivos dela. Esta incontornável alteração paradigmática mostra-se incompatível com o modelo de *substituição/autorização* em que assentam os tradicionais institutos da interdição e inabilitação, constantes dos ainda vigentes artigos 138.º e seguintes do Código Civil. Desde logo por estes, nos seus próprios termos, pressuporem a incapacidade jurídica das pessoas a que se dirigem, equiparando-as a menores (na interdição) – artigo 139.º C. Civil - ou limitando-lhes a capacidade de molde a limitar totalmente a prática de certos atos (154.º C. Civil) ou a permitir esse exercício com a assistência de um curador que os autoriza - 153.º C. Civil (na inabilitação). Tais institutos são aplicáveis a pessoas portadoras de anomalia psíquica, surdez-mudez

¹⁰ Lei n.º 48/90, de 24 de agosto.

¹¹ Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro.

ou cegueira, incapazes de governar a sua pessoa e bens (interdição); ou às pessoas que sendo portadoras de anomalia psíquica, surdez-mudez, cegueira, ou que pela sua prodigalidade ou abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património (inabilitação). Aos interditos é nomeado um tutor que rege a sua vida e património; e aos inabilitados é nomeado um curador a cuja autorização ficam sujeitos os atos de disposição de bens entre vivos e todos os demais que o juiz fixar na sentença (podendo ainda a administração do património ou parte dele ser entregue pelo tribunal ao curador).

O novo modelo, decorrente do programa da Convenção, valoriza os direitos humanos em termos incompatíveis com as estreitas amarras que caracterizam aqueles vetustos institutos jurídicos. A própria Convenção prescreve, de modo consequente, bastas obrigações para os Estados-parte (art.º 4.º) no sentido da compatibilização das respetivas leis internas e da adaptação do funcionamento dos serviços públicos visando o pleno exercício dos direitos nela reconhecidos às pessoas com deficiência. Em decorrência disso mesmo o legislador nacional, através da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, revogou aqueles institutos jurídicos e criou um novo, a que deu um *nomen juris* que logo evidencia a mudança preconizada. Assim, a Secção V do Capítulo I do Subtítulo I do Título II do Livro I do Código Civil passará a intitular-se: *Menores e maiores acompanhados*; e a Subsecção III da Secção referida, que compreenderá os artigos 138.º a 156.º passará a intitular-se: *Maiores acompanhados* (artigo 22.º da Lei n.º 49/2018). Esta nova Lei entrará em vigor no dia 11 de fevereiro de 2018 (artigo 25.º, §1.º Lei 49/2018). É, pois, no Código Civil, com o novel instituto de *acompanhamento de maiores*¹² que se fará a mudança do direito substantivo que

¹² Pese embora o *acompanhamento* se reporte a maiores, como sucedia no regime pretérito da interdição e da inabilitação que só eram aplicáveis a maiores (os menores tinham assegurada a proteção necessária por via das responsabilidades parentais), o *acompanhamento de maiores* pode ser requerido dentro do ano anterior à maioridade, para produzir efeitos a partir desta (artigo 142.º do Código Civil, na redação introduzida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto).

ordinariamente rege esta área da vida social. O novo instituto do *acompanhamento* estabelece que a pessoa maior de idade que por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, esteja impossibilitada de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, deve beneficiar das medidas que vierem a ser fixadas pelo juiz, exceto se o pleno exercício dos seus direitos estiver garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam (assegurados pelo cônjuge, ascendente, descendente, irmãos...). Mostrando-se imprescindível a intervenção do juiz, deverá então ser nomeado um *acompanhante* que a aconselha e lhe presta apoio nas decisões tomadas por ela. Com isso visa-se o bem estar da pessoa *acompanhada* e a sua máxima autonomia, reconhecendo-lhe plena capacidade e exercício de todos os seus direitos e cumprimento dos seus deveres. Para além do carácter supletivo do novel instituto (que só deverá instituir-se quando a plena autonomia da pessoa deficiente não estiver garantida através dos deveres gerais de cooperação e de assistência) o leque de pessoas com legitimidade para requerer o *acompanhamento* é também substancialmente alargado face aos institutos precedentes, nomeadamente ao próprio e ao unido de facto (para além do cônjuge, naturalmente), podendo o maior carecido de *acompanhamento*, ele próprio, ou o seu representante legal, escolher o *acompanhante* (cfr. nova redação dos artigos 141.º e 143.º C. Civil - sendo da nova versão deste Código todas as referências a artigos feitas, até indicação em contrário, quando nada mais se indique). A pessoa deficiente pode, inclusivamente, prevenindo eventual necessidade de *acompanhamento* no futuro, celebrar um contrato de mandato para a gestão dos seus interesses, com ou sem poderes de representação. Nestes casos, no momento em que vier a ser decretado o *acompanhamento* o tribunal poderá aproveitar o mandato, no todo ou em parte, tendo-o em conta na definição do âmbito de proteção e na designação do *acompanhante* (art.º 156.º). Na falta de indicação ou escolha esta será feita pelo juiz no contexto de um muito alargado e flexível leque de possibilidades, sem nenhuma hierarquia estabelecida, sendo o critério legal o da

melhor salvaguarda possível do interesse imperioso do beneficiário (art.º 143.º), podendo até, de acordo com as circunstâncias, virem a ser designados vários *acompanhantes* com diferentes funções. Esta flexibilidade conexas-se logicamente com a máxima autonomia do beneficiário, a crédito dos seus melhores interesses. O exercício de direitos pessoais (v.g. casar, constituir situações de união de facto, procriar, perfilhar ou adotar, cuidar e educar os filhos, escolher profissão, trabalhar, viajar, fixar domicílio e residência, testar, votar) e a celebração de negócios da vida corrente é livre, sendo limitado apenas pelas exceções expressamente previstas na lei ou fixadas pelo juiz na decisão de *acompanhamento* (art.º 147.º).

O internamento compulsivo do *maior acompanhado* depende de autorização expressa do tribunal. Prevê a lei que em caso de urgência o internamento possa ser imediatamente solicitado pelo *acompanhante*, sujeitando-se à ratificação pelo juiz (art.º 148.º, § 2.º), sem nada mais se precisar! Esta matéria do internamento urgente terá de conexas-se com o que sobre a mesma já dispõe a Lei de Saúde Mental - LSM (artigos 22.º e 23.º, § 1.º da LSM): a polícia ou autoridade de saúde podem, em caso de urgência, oficiosamente ou a requerimento do *acompanhante*, conduzir o internando ao hospital. Devendo igualmente conjugar-se com o disposto no artigo 25.º, § 3.º da LSM, por via do qual o paciente é conduzido voluntariamente à urgência pelo *acompanhante* e ali o médico conclui pelo internamento. Daí que o novo artigo 148.º, § 2.º do Código Civil seja pouco mais que redundante, pois confere legitimidade ao *acompanhante* para solicitar à polícia ou à autoridade de saúde algo para o que qualquer pessoa já tinha legitimidade (art.º 23.º, § 1.º LSM) e não dispensa,

¹³ Quer o internamento de urgência (por iminência de perigo de lesão de bens jurídicos de valor relevante, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial – artigo 12.º, § 1.º LSM); quer o internamento tutelar (quando há uma deterioração acentuada do estado de saúde, a ausência de tratamento deteriora de forma acentuada o seu estado e há ausência de discernimento para consentir - artigo 12.º, § 2.º LSM). Sobre este temário *Vide* Pedro Soares de Albergaria, A Lei de Saúde Mental, Almedina, 2003, pp. 36 e ss.

antes pressupõe, as comunicações e confirmação judicial a que se referem os artigos 25.º e 26.º da LSM.

No concernente ao valor dos negócios jurídicos indevidamente realizados a regra no direito pátrio é a de que: os atos jurídicos feridos de incapacidade jurídica (de gozo de direitos) são nulos; e aqueles que careçam apenas de incapacidade de exercício são anuláveis. Como assim os atos praticados pelo *maior acompanhado* que inobservem as medidas de *acompanhamento* fixadas pelo juiz e sejam posteriores ao registo são anuláveis; sendo também anuláveis os mesmos atos se praticados depois de anunciado o início do processo, mas apenas após a decisão final e caso se mostrem prejudiciais ao *acompanhado* (art.º 154.º). Regra associada e cogente é a relativa à publicidade destes processos, a qual é limitada ao estritamente necessário para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros, sendo decidida, em cada caso, pelo tribunal (153.º), contando-se o prazo de um ano da data do registo da sentença para requerer a anulabilidade (art.º 287.º). Aos atos anteriores ao anúncio aplica-se o regime da incapacidade acidental (art.ºs 154.º, 257.º e 287.º).

As funções do *acompanhante* são gratuitas, sem prejuízo da alocação de despesas (art.º 151.º), podendo ser removido de funções nos casos previstos na lei (art.ºs 1948.º a 1950.º), nomeadamente se faltar ao cumprimento dos deveres próprios do cargo ou revele inaptidão para o seu exercício.

A flexibilidade que caracteriza este novo instituto não tinha (naturalmente) paralelo no regime anterior, nomeadamente no respeitante à cessão e modificação do respetivo regime. Agora o *acompanhamento* cessará ou será modificado mediante decisão judicial que reconheça a cessação ou a modificação das causas que o justificaram (art.º 149.º), sendo, a mais disso, revistas as medidas de *acompanhamento* decretadas pelo tribunal, oficiosamente, com a periodicidade fixada na sentença e, no mínimo, de cinco em cinco anos (art.º 155.º). Talvez esta imperatividade de revisão, de todos os casos ao fim de um

certo tempo, seja excessiva, porquanto alguns haverá que por força das características da deficiência (doença psiquiátrica profunda e irreversível) a revisão periódica obrigatória se mostra desnecessária *ab initio*, até porque na superveniência de qualquer situação constitutiva de alteração relevante das circunstâncias (por exemplo a cura da doença determinante) esta poderia sempre, até oficiosamente, ser feita (como se prevê na nova redação do artigo 904.º, § 2.º do CPC).

A prática evidencia que muitas vezes a deficiência decorre de doença de tal ordem comprometedora da vontade do *acompanhado* que este não tem a menor possibilidade de indicar *acompanhante*. Casos há também em que as pessoas carecidas de *acompanhamento* não têm ninguém na sua família ou nas relações próximas que possam assumir aquela responsabilidade. Como compatibilizar então os direitos das pessoas com essas circunstâncias? Nalguns países que em sequência da Convenção alteraram mais cedo as suas leis a opção foi a de manter a tutela parcial, reconhecendo a dificuldade de prescindir totalmente do modelo de substituição. A Convenção, contudo, parece não respaldar esta opção! Portugal está deveras atrasado no cumprimento das obrigações convencionalmente assumidas, de tal forma que em 2016 a Comissão sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, organismo gizado para acompanhamento e análise dos relatórios detalhados que os Estados-Parte têm obrigação de realizar e entregar (no prazo de dois anos após a publicação da Convenção de depois a cada quatro anos) – art.º 34.º da Convenção -, a propósito do princípio da igualdade (artigo 12.º da Convenção) constatou¹⁴ «com profunda preocupação que em Portugal existia um grande número de pessoas com deficiência sujeitas ao regime de tutela total ou parcial, e conseqüentemente privadas do exercício de certos direitos, como o direito de

14

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPRT%2fCO%2f1%20&Lang=en

voto, ao matrimónio, a constituir família ou a gerir os seus bens, bem assim como que na revisão em curso do Código Civil se mantenha a restrição da capacidade jurídica das pessoas com deficiência.» Recomendou por isso que se adotassem «as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos consagrados na Convenção, nomeadamente o direito de voto, de contrair casamento, constituir família e gerir os seus bens.» Recomendou ainda a «revogação dos regimes de tutela total ou parcial» e que se desenvolvessem «sistemas de apoio à tomada de decisão, que permitam e promovam o exercício efetivo dos direitos das pessoas com deficiência.» Através da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto o legislador nacional resolveu algumas das situações apontadas, mas não todas. Com a introdução do *acompanhamento de maior* o Estado português revogou *in totum* os regimes da interdição e da inabilitação (paradigmas do modelo de *substituição/autorização*), deixando cautelosamente ao juiz a responsabilidade de moldar em cada caso o âmbito e o conteúdo do *acompanhamento*, o qual, devendo limitar-se ao necessário, pode, independentemente do que haja sido pedido cometer ao *acompanhante* o regime da representação geral e/ou da representação especial do maior *acompanhado*, o regime da administração total ou parcial de bens, a necessidade de autorização prévia para a prática de determinados atos por banda do *acompanhado*, ou mesmo intervenções de outro tipo desde que devidamente explicitadas (artigos 145.º e 147.º), no que materialmente vem a ser a manutenção, em certa medida (na justa medida – pelo juiz julgada mais conveniente e oportuna), dos regimes da substituição ou da autorização!

No concernente ao direito adjetivo, que por natureza serve as finalidades gizadas pelo direito substantivo, o legislador de agosto de 2018 introduziu alterações no Código de Processo Civil (CPC), adaptando-o à natureza no novo instituto do *maior acompanhado*. Assim, o Título III do Livro V do CPC, que anteriormente se dedicava ao processo especial das interdições e inabilitações passa a intitular-se: *Do acompanhamento de maiores*, abrangendo os seus artigos

891.º a 904.º do CPC (sendo da nova versão deste Código todas as referências a artigos feitas, até indicação em contrário, quando nada mais se indique). Alterou-se, justificadamente, a natureza deste processo especial, que passou a ser de jurisdição voluntária, ainda que desinserido daquele que deveria ser o seu lugar na ordenação sistemática do código (nos artigos 986.º e seguintes), fixando-se-lhe (também justificadamente) caráter urgente (art.º 891.º, § 1.º). A tramitação prevista segue um figurino simples, ainda que com as garantias essenciais do contraditório, com citação do beneficiário pelo meio mais eficaz e resposta por este quando não for requerente, sendo citado o Ministério Público nos casos de ausência de resposta pelo beneficiário citado (art.ºs 895.º e 896.º). Ao juiz são atribuídos amplos poderes instrutórios (art.º 897.º) em conformidade com a natureza do processo. Institui-se a audiência obrigatória direta do beneficiário (art.º 898.º) e a intervenção de peritos para a precisão da afeção de que sofre o beneficiário, suas consequências, data provável do seu início, meios de apoio e de tratamento aconselháveis (art.º 899.º). Na decisão o juiz designará o *acompanhante*, definirá as medidas de *acompanhamento*, fixará a data a partir da qual as medidas decretadas se tornaram convenientes e referirá a existência de testamento vital e de procuração para cuidados de saúde, devendo nela acautelarse o respeito pela vontade antecipadamente expressa pelo *acompanhado* (art.º 900.º). Não obstante estas menções obrigatórias na sentença o juiz goza de amplos poderes de conformação, quer em decorrência do regime substantivo (art.º 145.º Cód. Civil), quer da natureza de jurisdição voluntária do processo (987.º CPC), por via da qual não está sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo/devendo adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (tudo, naturalmente, sem prejuízo do dever geral de fundamentação). A decisão judicial é recorrível apenas relativamente à medida de *acompanhamento*, sendo que só o requerente, o *acompanhado* e, como assistente, o *acompanhante*, têm legitimidade processual para tal (art.º 901.º). No concernente à publicidade do processo e da decisão final, em consonância com o

previsto no direito substantivo (art.º 153.º C. Civil), a regra é parcimoniosa, cingindo-se as comunicações ao estritamente necessário: o juiz decidirá, em face do caso, que tipo de publicidade deverá dar-se ao início, ao decurso e à decisão final do processo e, quando necessário (para defender os interesses do beneficiário ou de terceiros) poderá determinar a publicação de anúncios em sítio oficial (893.º CPC). Só a decisão que decretar medida de *acompanhamento* terá de ser obrigatoriamente comunicada ao registo civil, nomeadamente para os efeitos previstos no artigo 1920.º-C Cód. Civil (902.º, § 2.º CPC).

Por razões de equidade a lei estabelece um regime de adaptação das interdições e inabilitações anteriormente decretadas, ao novo regime do *acompanhamento de maior*. No que tange às interdições anteriores prevê-se no artigo 26.º da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que se lhes aplica o novo regime do *acompanhamento de maior*, sendo atribuídos ao *acompanhante* poderes gerais de representação; e às inabilitações decretadas antes da entrada em vigor daquela Lei aplica-se igualmente o regime do *acompanhamento de maior*, cabendo ao *acompanhante* autorizar os atos antes submetidos à aprovação do curador. Por razões de elementar justiça para além desta convolação automática os novos *acompanhamentos*, assim criados, poderão ser revistos a pedido do próprio *acompanhado*, do *acompanhante* ou do Ministério Público (artigo 26.º da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto), sem prejuízo da revisão obrigatória prevista no artigo 155.º Cód. Civil a que doravante ficarão também sujeitos, bem ainda como a revisão ou levantamento quando a evolução do beneficiário o justifique (art.º 904.º, § 2.º CPC).

4.2 Outras alterações consequentes

O legislador nacional aproveitou a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto para, em cumprimento das obrigações fixadas na Convenção, proceder à alteração de diversas leis, adaptando-as às orientações gerais do convénio e aos direitos nela

reconhecidos. Isso sucedeu relativamente ao Código do Registo Civil (quanto aos factos registáveis), ao Código de Processo Penal (reconhecendo capacidade para ser testemunha a qualquer pessoa com aptidão mental para depor), à Lei de Saúde Mental, e às que regulam a Procriação Assistida, a Proteção das Uniões de Facto, a Concessão de Passaporte, o Jogo, o Regime Jurídico do Trabalho em Funções Públicas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código Comercial, etc. Mas este catálogo não foi exaustivo pois o legislador deixou para posterior alteração algumas outras leis relativas à (in)capacidade e exercício efetivo de direitos reconhecidos na Convenção, como a capacidade eleitoral, indubitavelmente compreendida no programa da Convenção e até já anteriormente assinalada pela Comissão. Efetivamente as leis eleitorais em vigor prevêem uma incapacidade *op legis*¹⁵, sendo também necessário rever nelas o requisito de pessoalidade no exercício do direito de voto, que se configura incompatível com os direitos reconhecidos na Convenção e com as adaptações necessárias que nela se preconizam.

5. Cidadania e Estado Social

O tema dos direitos humanos das pessoas portadoras de deficiência tem uma indiscutível relevância social, devendo por isso ser seriamente debatido pela própria comunidade, valorizando a sua experiência e conhecimento dos problemas, levando-a a participar na construção das novas soluções, com isso a comprometendo com as orientações legislativas e práticas consequentes. Puro engano de quem pense haver soluções fáceis para problemas complexos. Produzir uma lei pode dar a ideia de se estar a fazer alguma coisa, mas não raras vezes se acrescenta afinal muito pouco ou mesmo nada. Sem prejuízo dos ajustamentos necessários e os exigidos pelo devir do tempo e do progresso

¹⁵ Cfr. p. ex. art.º 2.º, al. a) LEAR; art.º 3.º, al. a) LEOAL; art.º 2.º, al. a) LEALRAA; art.º 2.º, al. a) LEALRAM; art.º 3.º, § 2.º, al. a).

social, temos já leis suficientes, depositárias de valores seguros, antigos e novos, enunciadoras de princípios e regras¹⁶ em geral alinhados com os vigentes nas nações mais avançadas do mundo. O divórcio que por vezes se constata entre o patamar do dever ser (o patamar do Direito) e o do ser (a realidade do dia a dia) decorre mais de uma crónica falta de meios (da afetação dos meios necessários) ou de deficiente formação dos profissionais, que levam a práticas desajustadas. É deveras mais difícil gizar um plano integrado, coerente, competente, com objetivos mensuráveis, dotado dos meios necessários, sujeito a uma monitorização séria dos seus efeitos e disponibilidade para corrigir falhas e fazer adaptações, mas é também seguramente mais eficaz. Imprescindível parece, pois, num quadro consequente de valorização dos direitos humanos e do reconhecimento intersubjetivo dos direitos do outro, construir e prosseguir opções estratégicas (políticas) de aprofundamento do Estado Social. Este será o contexto recentrador em que será possível conjugar políticas multissetoriais que passam pela educação para a cidadania e para a solidariedade, pela institucionalização de uma rede protetora da dignidade humana, por uma assistência médica e medicamentosa ajustada às necessidades das pessoas com deficiência, uma previdência social firmada na dignidade humana (de molde a assegurar a verdadeira liberdade). Não devendo esquecer uma alavancagem do sistema judicial como garante da efetivação dos direitos quando estes não são respeitados (nomeadamente pelo próprio Estado). Isso não será mais que, afinal, cumprir o plano constitucional como adquirido histórico e civilizacional, o qual radica tanto na ideia de justiça distributiva de Aristóteles; como na de Tomás de Aquino (que funda aquela mesma ideia de justiça na dignidade da pessoa

¹⁶ Como sabido aqueles (os princípios) possuem uma dimensão de peso, valorativa, configuram os casos de forma aberta, como mandados de otimização, não sendo perentórios. E aquelas (as regras), ao invés, fazendo-o de modo fechado, exigindo um cumprimento pleno: são cumpridas ou incumpridas.

humana); ou na do Papa Leão XIII (na encíclica *Rerum Novarum*¹⁷ matriz da doutrina social da igreja) que recentra a ideia de justiça na pessoa e na sua dignidade, ordenada ao bem comum; ou ainda nas conceções de justiça teorizadas no pós guerras assentes na ligação umbilical e consequente da equidade à justiça (p. ex. em John Rawls¹⁸). É este lastro do moderno Estado Social que nos pode conduzir a uma sociedade decente¹⁹, como muito propriamente refere Eduardo Paz Ferreira - a uma sociedade que tenha a dignidade das pessoas no centro do desenvolvimento económico e de toda a organização social e política. ■

¹⁷ http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

¹⁸ JOHN RAWLS, *Uma teoria da Justiça* (1971), Editorial Presença.

¹⁹ EDUARDO PAZ FERREIRA, *Por Uma Sociedade Decente - começar de novo vai valer a pena*, Marcador, 2016.

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242

Ano 6 • N.º 09 • novembro 2018

