

Envelhecimento e cidadania

**Contributo para uma reflexão sobre a promoção dos
direitos das pessoas idosas mais vulneráveis**

Maria do Rosário Zincke dos Reis

Paula Alexandra Gonçalves de Oliveira Guimarães

A CIDADANIA NA VELHICE

I - Nota prévia - Envelhecimento e direitos

O envelhecimento da população constitui um sinal evidente de desenvolvimento e um desafio sem precedentes para as civilizações deste milénio.

Ter mais cidadãos em idades avançadas é uma oportunidade de repensar as estruturas sociais, o equilíbrio de poderes e de responsabilidades, os valores individuais e colectivos e prioridades.

Ao nível individual e colectivo, o número crescente de pessoas idosas e muito idosas, levanta novas questões em todas as áreas do saber.

Clientes cada vez mais heterogéneos, necessidades diferentes e relações contratuais inéditas, determinam novos indicadores de risco, segmentos de negócio, domínios de investigação, campos de formação e desenvolvimentos tecnológicos.

Mas exigem, principalmente, abordagens sociais, económicas, éticas e jurídicas, que previnam a discriminação em razão da idade e que garantam a dignidade e a plena inclusão social ao longo de todo o ciclo de vida.

A velhice, por si só, não constitui um factor redutor da capacidade jurídica, nem uma condicionante da autonomia, mas sabemos que a vulnerabilidade física e psíquica que, por vezes, afecta os mais idosos e a perda de poder económico e de influência social, resultante da cessação de uma actividade laboral, podem constituir constrangimentos ao exercício de direitos.

Direitos que são os mesmos que reconhecemos a qualquer adulto, mas que se atrofiam em razão da pobreza, da dificuldade de acesso à informação, do isolamento, da dependência e da incapacidade.

Falar de direitos das pessoas idosas, não é, por isso, um exercício de idadeísmo, ou uma estratégia de protecção inibidora de auto-determinação, nem pretende homogeneizar um grupo etário de pessoas profundamente diferentes.

Ao contrário, o que se pretende, é chamar a atenção para a importância de manter intacta a sua dignidade de sujeito jurídico de direitos e deveres e de preservar essa dimensão como pressuposto de qualquer outra intervenção.

O reconhecimento de que o envelhecimento de uma sociedade é feito de milhões de velhices individuais, corolários de percursos diversos, lança-nos esse imenso desafio de construir uma sociedade em que todas as etapas da vida têm lugar e que todas as diferenças devem ser valorizadas.

A efectiva inclusão das pessoas idosas na família, na sua comunidade local e na sociedade em geral depende da valorização da sua autonomia, independência, dignidade, participação e acesso aos cuidados.

No entanto e apesar de cristalizados nos **Princípios das Nações Unidas**, na **Carta dos Direitos Fundamentais** da União Europeia e na nossa própria **Constituição da República Portuguesa**, estes direitos nem sempre são respeitados.

Continuamos a assistir à colocação compulsiva dos idosos em equipamentos, à gestão abusiva e ilegítima do seu património, à prática de violência física e sexual, ao abandono, à burla e a outras formas mais subtis e menos reconhecidas de violência, como a infantilização, a coacção psíquica e a intervenção não consentida no domínio da saúde.

Não sendo predominantemente dolosa esta violação de direitos, ela constituiu o resultado da insuficiência e da desadequação de recursos quer da rede informal de apoio quer das estruturas da sociedade civil e do sector público.

É consequência de uma actuação desacompanhada, sem formação, sem reconhecimento social e com insuficiente fiscalização, é o corolário da

desarticulação das medidas e do frágil planeamento e rentabilização das redes e das estruturas.

É também potenciada por uma matriz cultural que dificulta a autonomia das pessoas idosas e dependentes e por um laxismo social generalizado e cúmplice que não exerce uma censura forte e impede a sanção dos prevaricadores.

Procurar o equilíbrio entre a disponibilização de apoio e a super-protecção, entre o auxílio ao exercício da cidadania e a avocação ilegítima da capacidade de decisão, é o grande repto lançado hoje aos prestadores formais e informais de cuidados.

E a todos nós é exigida uma nova atitude mais pró-activa de informação, formação e reivindicação esclarecida de direitos, que defina fronteiras claras de intervenção e evite a violência, a exploração e a guetização etária.

Acima de tudo é nos pedido respeito pela autonomia de decisão pelo seu direito ao risco, ao desejo e ao imprevisível.

A intervenção gerontológica deve, por isso, incorporar uma matriz jurídica, que sublinhe a necessária focalização no interesse da pessoa idosa, que garanta o seu envolvimento e protagonismo e delimite as fronteiras da legitimidade dos familiares e dos profissionais.

Prestar cuidados, garantir apoio, demonstrar afecto não pode significar intromissão na privacidade, tomada autista de decisões ou gestão abusiva de bens.

É fundamental que sejam defendidos os direitos daqueles que enfrentam uma dificuldade acrescida em expressarem ou realizarem as suas vontades e que seja punida qualquer atitude que, grosseiramente, desrespeite essas vontades.

E esses direitos não são mais do que os direitos que possuem todos os outros cidadãos adultos. Falamos de questões essenciais que decorrem do nosso ordenamento jurídico, direitos pessoais, sociais e políticos, disseminados em disposições constitucionais e noutros diplomas, mas que se tendem a esquecer quando falamos de cidadãos mais idosos.

Falamos do direito a permanecer no seu meio normal de vida; no direito à informação, não informação e consentimento informado em matéria de intervenção de saúde; no direito a gerir o seu património, no direito à segurança, à reserva da vida privada, no direito a alimentos, à imagem e ao bom nome, à participação, ao respeito pelas suas crenças e hábitos, etc...

Incapacidade, uma vulnerabilidade acrescida

Se, como vimos anteriormente, a idade em si, não justifica uma intervenção jurídica especial relativamente aos direitos das pessoas, o que pode e deve fundamentar uma atitude mais assertiva do legislador e do aplicador do Direito é a incapacidade que pode afectar qualquer cidadão ao longo da sua vida, em especial nas fases mais tardias.

É fundamental que sejam defendidos os direitos daqueles que enfrentam uma dificuldade acrescida em expressarem ou realizarem as suas vontades e que seja punida qualquer atitude que, sem motivo válido, as desrespeite.

Deste modo, entendemos que a todos estes direitos, abundantemente consagrados na nossa legislação, acresce ainda o direito à nomeação de representante legal, sempre que a pessoa se encontre impossibilitada de gerir a sua pessoa e os seus bens e conseqüentemente, proteger os seus interesses.

Efectivamente, a incapacidade, é o factor que mais afecta a cidadania, que condiciona o seu exercício, exigindo um cuidado redobrado por parte dos

prestadores de cuidados, de modo a encontrarem o equilíbrio entre a protecção do adulto com capacidade diminuída e as fronteiras da sua actuação.

Actualmente existem em Portugal, mais de 80 mil de cidadãos em situação de incapacidade de facto, a maior parte dos quais não possui representante legal. A prática generalizada é a da assunção ilegítima de competências por parte dos familiares e dos profissionais, que sem controlo, sem formação, sem nomeação judicial e sem fiscalização, tomam decisões sobre a pessoa incapaz e sobre os seus bens e rendimentos.

E mesmo não se questionando a idoneidade destes gestores de negócios ou a bondade das decisões tomadas, o que está em causa é a dignidade do sujeito jurídico, a salvaguarda dos seus interesses e a validação da acção desenvolvida por quem tem a difícil e incompreendida função de prestar cuidados.

Trata-se de um tema difícil que entrecruza dimensões jurídicas, sociais, psicológicas e éticas, que confronta o bem estar e os direitos fundamentais do indivíduo com o interesse da sua família e da comunidade.

É uma questão essencial que deve ser colocada logo que seja clinicamente diagnosticada uma diminuição significativa da capacidade, como pressuposto de toda a intervenção social e de saúde.

E, no entanto, continua a ser um aspecto subvalorizado pelos familiares, pelas estruturas colectivas que garantem a prestação de cuidados e pelas entidades públicas, centradas exclusivamente na satisfação das necessidades básicas imediatas.

O reconhecimento da importância de encontrar um representante legal só se coloca tardiamente, depois de tomadas decisões irreversíveis e, muitas vezes, apenas porque é necessário administrar o património.

Ora o tema do suprimento da vontade ultrapassa claramente esta dimensão, centrando-se no domínio preservação da dignidade, da legitimação precoce

das decisões relacionadas, por exemplo, com a colocação em equipamento, com a administração de medicação, com o destino do domicílio do incapaz, com a definição do plano de cuidados.

A omissão de uma prática reiterada de sinalização das situações de incapacidade e ausência do recurso aos dispositivos legais vigentes para a nomeação de representante legal, constituem um perigoso e grave atentado aos direitos humanos em Portugal, de que todos somos cúmplices.

Apesar da legislação de enquadramento das respostas sociais em vigor, claramente referir a indispensabilidade da intervenção de representante legal, sempre que o cliente se encontrar em situação de incapacidade, o que é facto é que a prática generalizada, com o beneplácito das entidades de tutela, é a do reconhecimento da figura juridicamente inexistente de “responsável”, para efeitos de assinatura de contratos, autorização de pagamentos, gestão de rendimentos, etc., mesmo quando a pessoa idosa se encontra com as suas capacidades cognitivas intactas.

No contexto dos equipamentos e serviços sociais e nas estruturas de saúde, os familiares, são muitas vezes chamados a decidir em matérias delicadas como as intervenções de saúde, recepção de espólio, acesso aos processos de cliente, etc, em claro incumprimento da lei e sem que seja exigida a nomeação de representante legal.

Esta matéria é assim, banalizada, ignorada e entendida como entrave à eficiência da prestação de cuidados, não se percebendo a gravidade de uma generalizada intervenção sem alicerces jurídicos.

Mais do que assegurar a sobrevivência da pessoa é fundamental salvaguardar a sua qualidade de sujeito jurídico.

II – DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS E DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE INCAPACIDADE EM PORTUGAL

O envelhecimento e as fragilidades que por vezes a ele se associam, têm constituído desafios importantes para o Direito. Nem sempre precursor, o legislador, nesta matéria, tem reflectido o devir social, reconhecendo problemas, actores e relações jurídicas.

Assim acontece com a tipificação das respostas sociais, com o enquadramento das entidades gestoras, com o aparecimento de novas prestações em sede de regimes de segurança social.

Todavia tem havido relutância em reconhecer o envelhecimento como um fenómeno suficientemente abrangente e decisivo na evolução das sociedades contemporâneas, justificando um olhar mais ambicioso e transversal, com impacto na arquitectura jurídica.

Se antes do 25 de Abril, não parecia haver necessidade de reconhecer o fenómeno do envelhecimento demográfico e o seu impacto social, económico e jurídico, os anos subsequentes também não foram profícuos neste domínio.

A prova reside na redacção do artigo 13º da Constituição da República Portuguesa que, ao contrário do que acontece com o clausulado da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não considera a idade como um factor potencialmente discriminatório.

Ignorar que a idade pode determinar a exclusão abriu portas à liberalização de atitudes e práticas idadistas, que apostam na massificação da oferta, na incorrecta homogeneização da população idosa e na aprovação de medidas pontuais e redutoras da diversidade, de valor duvidoso e inspiradas, sobretudo, no calendário eleitoral.

Para além do artigo 72º que expressamente se refere à “terceira idade” e dos diplomas provenientes das áreas da segurança social e saúde, são praticamente nulas as referências aos cidadãos mais velhos.

Esta constatação não justifica, no entanto, em nosso entender, a elaboração de um Estatuto do Idoso, que congregue todas as disposições relacionadas com as pessoas mais idosas, opção que reputamos de idadista.

Igualmente discordamos das vozes que defendem a criação de estruturas especificamente destinadas à promoção dos direitos das pessoas idosas, preferindo encará-las como parte integrante das famílias e da comunidade.

Mas tal opção não impede que os diversos ramos de direito não reflectam o envelhecimento populacional e as novas necessidades que dele emergem.

Podemos mesmo dizer que em questões fundamentais para a qualidade de vida das pessoas idosas o Direito português estagnou no tempo, não reproduzindo a evolução do tecido social.

Referimo-nos concretamente ao Direito da Família, ao Direito Sucessório e às normas referentes ao suprimento da vontade dois maiores incapazes.

O Código Civil continua a reproduzir, nestes domínios uma família que tende a desaparecer. Uma família alargada, próxima, interdependente e que assegura a prestação de cuidados aos seus elementos mais frágeis. Essa noção de família justifica o teor das disposições relativas à Obrigação de Alimentos, fundamenta um sistema sucessório assente na sucessão legitimária, explica a dificuldade em recorrer ao instituto da deserdação.

Mas tal entendimento já não corresponde à realidade, não acautelando os interesses do número crescente de pessoas idosas isoladas, que não podem contar com o apoio dos seus descendentes.

No que respeita à situação específica do suprimimento da vontade, foi inevitável constatar a desadequação da legislação vigente à actualidade e desde 1999 que se têm vindo a multiplicar iniciativas no sentido de alterar os normativos vigentes, tornando-os conceptualmente ajustados, eficazes e promotores dos direitos dos mais vulneráveis.

Por ocasião das comemorações do Ano Internacional das Pessoas Idosas, foi constituída uma comissão que debateu este tema e elaborou uma proposta de revisão do Código Civil e Código de Processo Civil.

Na mesma data e no contexto da entrada em vigor da Lei da Saúde Mental foram equacionadas as questões da administração do património dos doentes, matéria ainda por regulamentar, 10 anos volvidos.

Após a produção desse documento muitas outras iniciativas tiveram lugar, nomeadamente promovidas pelo então Secretariado Nacional de Reabilitação, não tendo, no entanto surtido efeito.

Apesar das insistências junto dos sucessivos Governos e da ampla campanha informativa, desenvolvida pelas estruturas da sociedade civil, designadamente Associação Alzheimer Portugal, Associação de Apoio à Vítima e estruturas ligadas à deficiência, não foi ainda possível introduzir as mudanças necessárias.

As alterações propostas ao Código Civil e ao Código de Processo Civil nos domínios do suprimimento da incapacidade que reveja a lei portuguesa incorporavam as recomendações do Comité de Ministros aos Estados Membros sobre Incapacidade, por forma a agilizar e humanizar a nomeação de representante legal.

A revisão preconizada tinha em conta o equilíbrio entre a protecção e a promoção da autonomia residual, a valorização da dimensão pessoal e não apenas a preocupação com a gestão do património, o reconhecimento da graduação e dinâmica da situação de incapacidade, o envolvimento pró activo

do incapaz e a opção por uma restrição personalizada da capacidade, à medida de cada situação, que reconhecia figuras híbridas de mandato permanente e administração de bens.

E essa mudança não se resumia à renovação dos conceitos de interdição e inabilitação, procurando apresentar medidas complementares, como garantia do sucesso da mudança, designadamente formação dos intervenientes e criação ou de uma rede de apoio aos representantes legais.

A alteração que se defendia é profunda, implicando não apenas a transformação de conceitos e práticas jurídicas, mas a mentalidade e a cultura, que tradicionalmente estimularam a fuga à intervenção judicial.

III – RECOMENDAÇÕES E MEDIDAS

A defesa dos direitos das pessoas idosas e a promoção de uma sociedade inclusiva, em que as questões da idade e da dependência não constituam factores discriminatórios é urgente e pressupõe a definição de uma estratégia coerente e planificada, uma política transversal assente em diagnósticos locais e que saiba interpretar as tendências evolutivas, de modo a adequar-se às necessidades de hoje e do futuro.

Intervir de forma prospectiva neste domínio, não é compatível com a manutenção de medidas atomizadas, desenquadradas e que, no limite, se anulam e contradizem. É necessário conjugar as vertentes da protecção social, saúde, justiça, ordenamento do território, educação, formação profissional e emprego.

Entender o envelhecimento como um desafio global que se coloca à sociedade e não apenas como um problema no domínio das estruturas prestadoras de cuidados exige a adopção de uma estratégia concertada, visando a promoção da cidadania, o primado do interesse da pessoa e a sua plena inclusão na família e na comunidade a que pertence por direito.

Importa, ainda, reflectir e redefinir, com clareza, o papel do Estado na prossecução dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, bem como a intervenção dos parceiros sociais, reequacionando as relações de parceria e cooperação e a reinvenção do conteúdo e alcance da tutela.

Por último, parece-nos incontornável a necessidade de envolver no processo de construção de uma política global, os diversos sectores da vida nacional e os diferentes intervenientes nas áreas que mais se relacionam com a temática do envelhecimento, com especial enfoque nas próprias pessoas idosas.

Neste sentido e, de forma a contribuir de forma efectiva para a generalização de uma cultura de promoção de direitos das pessoas idosas, recomendamos a implementação das seguintes medidas:

- a) **Redefinição das condições para a implementação de equipamentos e serviços dirigidos às pessoas idosas** – É fundamental introduzir critérios de exigência referentes à formação dos dirigentes voluntários e proprietários e reforçar o grau de exigência em matéria de funcionamento e salvaguarda dos direitos dos clientes, (outorga dos contratos, regulamentos, processo de cliente, articulação com os familiares, etc.) à semelhança do que se verifica relativamente às instalações.
- b) **Reavaliação da cooperação entre o Estado e a sociedade civil** - A legislação actual está manifestamente desactualizada e não premeia a qualidade e não corrige as diferenças decorrentes da população atendida, nem o investimento realizado, nivelando artificialmente as instituições e reconhecendo apenas as IPS como entidades promotoras de respostas válidas. Neste sentido propõe-se a revisão do Despacho Normativo nº 12/88 referente à Cooperação introduzindo novos critérios que tenham em conta:
 - a certificação da qualidade
 - o número de existência de clientes em situação de incapacidade;
 - o investimento na formação dos recursos humanos;

- a localização geográfica e as receitas próprias das instituições.
- o respeito pela autonomia e pela liberdade dos clientes;
- a prossecução escrupulosa dos seus fins e missão;
- o número de colaboradores com formação especializada na área.

Por outro lado, deveriam ser reconhecidas como parceiras outras entidades promotoras da participação e do envelhecimento positivo, que apesar de não possuírem o estatuto de utilidade pública desempenham um papel fundamental, como as universidades seniores, as colectividades de cultura e recreio e as estruturas de voluntariado.

- c) Promoção da contratualização como prática permanente de empowerment** – Apesar da legislação exigir já a outorga do contrato por parte do cliente ou representante legal, esta obrigação é banalizada no quotidiano, permitindo o acolhimento compulsivo das pessoas idosas em equipamento, desvalorizando o seu envolvimento e tornando despicienda a fase de integração e adaptação. Neste sentido urge fiscalizar os processos de admissão, impedir o protagonismo ilegítimo dos familiares e garantir a celebração dos contratos pelos próprios clientes.
- d) Definição de uma política de formação para o sector**, que harmonize o desenho dos planos curriculares dos cursos superiores e médios com os desafios da intervenção gerontológica e que defina os conteúdos formativos complementares, bem como formação profissional dos trabalhadores auxiliares (ajudantes de lar, ajudantes familiares, etc...). A prevenção da violência institucional radica, principalmente no perfil, motivação e formação dos recursos humanos envolvidos, pelo que o investimento na certificação e dignificação das profissões gerontológicas constitui um instrumento poderoso de defesa dos direitos.;
- e) Definição de uma política de emprego para o sector** que, em articulação com o proposto na alínea anterior, defina perfis

funcionais, reformule carreiras, estabeleça percursos de progressão adequados, atribua carteiras profissionais, clarifique os conteúdos funcionais dos dirigentes técnicos e que promova a organização de estruturas representativas e certificadoras, bem como a adopção de normas deontológicas;

- f) **Definição de uma política de família**, que favoreça os agregados que assumem espontaneamente as suas obrigações, que estimule a assunção de responsabilidades parentais relativamente aos ascendentes e que distinga as famílias presentes das famílias desertoras. Neste sentido é importante rever o Código de Trabalho e o Código Civil, no que se respeita, respectivamente à assistência à família, obrigação de alimentos e direito sucessório.

Importa, ainda, rever a legislação sobre acolhimento familiar de idosos, preferindo apoiar, sempre que possível a família natural e assegurando os direitos dos idosos acolhidos. O Decreto-lei nº 391/91 de 10 de Outubro é um perigoso instrumento de desvalorização das pessoas idosas, contendo clamorosos equívocos e erros jurídicos e não constitui uma séria alternativa aos recursos institucionais.

- g) **Investimento na prevenção da violência contra as pessoas idosas**, quer no espaço institucional, quer no contexto familiar, através do investimento na investigação, formação e fiscalização da acção realizada pelos prestadores de cuidados.

É fundamental, rever o Plano Nacional contra a violência doméstica, incluindo uma perspectiva global do agregado e contrariando a excessiva focalização nas questões da violência de género e evidenciando a vitimação em razão da idade e da dependência.

Justifica-se a implementação de um programa nacional de prevenção da violência contra as pessoas idosas, encarando o fenómeno como

uma questão incontornável de saúde pública e como uma ameaça à cidadania plena.

- h) Garantir o cumprimento escrupuloso do direito à informação e não informação e ao consentimento informado, no contexto das estruturas de saúde.** Apesar da legislação existente sobre a matéria, o envolvimento dos doentes e principalmente dos doentes mais idosos e dependentes no processo terapêutico nem sempre é cumprido. É fundamental evitar a tomada de decisões por parte dos familiares e profissionais, exigir o respeito pela restrição de acesso ao processo clínico
- i) Rever as disposições da Lei Orçamental** relativas aos benefícios fiscais, de modo a estimular a adopção de decisões que promovam a manutenção da pessoa idosa no seu meio normal de vida. Contrariando as orientações técnicas que recomendam o apoio domiciliário, é fiscalmente mais compensador optar pela colocação em lar, dada a impossibilidade de apresentar despesas inerentes à manutenção da pessoa em sua casa, nomeadamente adaptação de interiores e encargos com pessoal.

I IV - A SITUAÇÃO ESPECÍFICA DA INCAPACIDADE

Assim como a idade não nos retira direitos, a incapacidade também não. A todos os cidadãos são reconhecidos os mesmos Direitos Fundamentais, consagrados em Convenções Internacionais e na Constituição da Republica Portuguesa, conforme acima se referiu.

Inerente à nossa condição de seres humanos é-nos reconhecido o Direito à Autodeterminação, ou seja, o Direito a tomarmos decisões livres e esclarecidas, no pleno domínio de toda a informação necessária para o efeito.

Quando deixamos de conseguir exprimir, de forma livre e esclarecida, a nossa vontade, os nossos direitos permanecem intocados, sendo apenas a nossa **capacidade de exercício** que fica comprometida.

Será certamente preocupação de todos nós preservarmos ao máximo as nossas capacidades e mantermos a faculdade de tomarmos decisões livres e esclarecidas, fazendo uso do nosso Direito à Autodeterminação.

Sabemos, contudo, que, pelo processo normal de envelhecimento ou pelo surgimento de alguma patologia, estamos sujeitos a ver as nossas capacidades reduzidas ou de nos vermos nalguma situação de dependência que limite a nossa autonomia e a nossa liberdade.

Existem cerca de 153 000 pessoas com demência e Portugal. Esta é a principal fonte de incapacidade, sendo que quase todas as situações de incapacidade, de um modo geral, vão progredindo ao longo do tempo e da evolução da patologia que lhes está na origem.

Tal como se prevê que venha a acontecer nos outros países europeus, também no nosso país, estes números deverão, no mínimo, duplicar até 2020.

Recente estudoⁱ, revela que “Portugal, seguido da Espanha, é o país que está a envelhecer mais depressa na Europa dos 27: a percentagem das pessoas com mais de 65 anos de idade cresceu de 11,2% em 1980, para 17,4% em 2008”.

Sabemos que o principal factor de risco para as demências é o envelhecimento!

O mesmo estudo refere ainda que, “da Europa dos 15, Espanha, Portugal e Itália, são os países que prestam menos assistência às famílias.” Se pensarmos que, apesar de tudo, a família continua a ser o principal suporte das pessoas idosas, dependentes e incapazes, não podemos ficar indiferentes a estas revelações.

É que, num futuro próximo, o envelhecimento galopante da população, e, com ele, o aumento correspondente de situações de incapacidade, terá como uma das suas piores consequências, o facto de deixar de haver quem cuide.

Ou seja, a família que, apesar das suas limitações e de todas as mutações que tem vindo a sofrer e que a tornam menos apta para dar resposta às situações de incapacidade que nela surjam, tem sido o principal suporte das pessoas mais velhas, em situação de dependência ou incapacidade, passará a ser uma resposta cada vez mais escassa, urgindo assim encontrar novos mecanismos de suporte.

Como corolário do Direito à Autodeterminação, que, como vimos, persiste mesmo quando vamos perdendo as nossas capacidade, temos direito a planear a nossa vida, os nossos cuidados, bem como a sermos acompanhados nas nossas decisões, por alguém da nossa confiança, e ainda a que alguém nos represente quando já não conseguirmos tomar decisões autónomas, livres e esclarecidas.

Como é que estes direitos são efectivados? Que respostas podemos nós encontrar no Direito Português para prevenir situações de incapacidade ou para lidar com as mesmas quando elas se verificam?

Que mecanismos existem para que sejamos acompanhados ou representados em situação de incapacidade?

São esses mecanismos adequados para respeitar verdadeiramente os nossos Direitos?

Em termos de prevenção, diria que nada existe regulamentado no nosso Direito.

Para remediar, prevêm-se duas formas de suprimento da incapacidade: a inabilitação e a interdição.

Importa ter presente um princípio fundamental do nosso Direito quando se fala em capacidade ou incapacidade: A pessoa presume-se capaz enquanto não for declarada a sua incapacidade, logo, ninguém pode em seu nome, sem o seu consentimento, tomar quaisquer decisões (Movimentação de contas bancárias, venda ou oneração de bens, autorização de intervenções de saúde ou acolhimento em resposta social, nomeadamente).

A incapacidade tem que ser determinada através de avaliação clínica e declarada judicialmente através de sentença, que decreta a interdição ou a inabilitação.

O Art. 152º do Código Civil dispõe: “Podem ser **inabilitados** os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez mudez ou cegueira, embora de carácter, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património.”

Os inabilitados são assistidos por um **curador**, a cuja autorização estão sujeitos os actos de disposição entre vivos (venda, doação, por exemplo). A administração do seu património também pode ser entregue ao curador.

O Art. 138º do Código Civil dispõe: “Podem ser **interditos** dos seus direitos todos aqueles que, por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, se mostrem incapazes de governar a sua pessoal e os seus bens.”

As pessoas declaradas interditas são representados por um **tutor**, a quem incumbe o dever de cuidar especialmente da saúde da pessoa interdita, podendo, para o efeito, alienar os seus bens, obtida a necessária autorização judicial (art. 145º do Código Civil).

Da leitura dos preceitos legais resulta que, o que distingue estas duas figuras é a gravidade da incapacidade. Para as situações mais graves recorre-se à interdição, para as menos graves recorre-se à inabilitação.

Acontece que não existe qualquer critério legal para aferir a gravidade.

Contudo, da interpretação das definições legais também se pode verificar que na inabilitação o que se pretende proteger é exclusivamente o **património** (o curador assiste o inabilitado nos seus negócios ou pode mesmo administrar os seus bens).

Na interdição, mantendo-se a preocupação de proteger o património, aliás de forma ainda mais premente, (o interdito deixa de poder administrar e de dispor dos seus bens, sendo representado pelo tutor, após autorização judicial) a principal preocupação é a de “**cuidar especialmente da saúde do interdito**”.

Estas são as únicas formas que Lei portuguesa prevê para suprir a incapacidade.

Os familiares das pessoas nestas condições apresentam sempre muita relutância em avançar com uma acção de interdição (ou de inabilitação) pois consideram que estão a desrespeitar a pessoa passando-lhe um atestado de incompetência.

Ora, esta acção não é uma acção contra mas a favor da pessoa interditanda, pretendendo-se acautelar os seus interesses, quer patrimoniais quer pessoais.

Na inabilitação, por decisão judicial, o inabilitado passa a ser assistido na realização dos seus negócios jurídicos por alguém nomeado judicialmente, o curador, que fica incumbido de zelar para que os actos por aquele praticados o sejam no seu interesse.

Na interdição, por decisão judicial as pessoas passam a ser representadas por alguém, nomeado pelo Tribunal, o tutor, que assume o compromisso de zelar pelos seus interesses e que é obrigado a prestar contas da sua administração.

O representante legal é a pessoa com legitimidade para tomar decisões em nome da pessoa incapaz, evitando-se situações de impasse, de conflito entre vários intervenientes, ou de abusos.

Embora só o Ministério Público e o cônjuge ou algum parente sucessível tenham legitimidade para intentar uma acção de inabilitação ou de interdição, qualquer um de nós pode dar conhecimento ao Ministério Público que determinada pessoa carece que lhe seja nomeado representante legal, desencadeando assim o processo que visa a protecção dos seus interesses.

O Direito à Autodeterminação das pessoas em situação de incapacidade é devidamente salvaguardado com os mecanismos da interdição e da inabilitação?

As demências e outros processos degenerativos, progressivos e irreversíveis, determinam a perda gradual de capacidade.

Estas características justificam um tratamento específico e uma reflexão própria sobre o Direito à Autodeterminação das Pessoas com este tipo de patologias e sobre os seus direitos.

Desde o diagnóstico, principalmente com a tendência para que este seja cada vez mais precoce, até à perda total de capacidade, podem decorrer vários anos durante os quais a pessoa tem discernimento suficiente para tomar as suas decisões de forma livre esclarecida, ou, pelo menos, para tomar algumas das decisões.

Ou seja, a capacidade não se perde de um momento para o outro, nem se perde ao mesmo tempo a capacidade de tomar toda e qualquer decisão.

A este propósito é de citar a seguinte passagem contida a pags. 12 e 13 do *Alzheimer Europe Report - The use of advance directives by people with dementia*. Alzheimer Europe, 2006. (tradução nossa):

“A capacidade não é um fenómeno de tudo ou nada. Defendemos que deve ser sempre considerada e avaliada em relação a decisões específicas ou categorias de decisões (a pessoa pode ser capaz de tomar a decisão A mas já não ser capaz de tomar a decisão B, etc.). Acresce ainda que a capacidade pode ser parcial. Na demência, a pessoa habitualmente não perde de repente a capacidade de decidir sobre tudo, mas vai-a perdendo gradualmente. Nalguns tipos de demência a capacidade de tomar decisões pode flutuar com o tempo. Por todas estas razões, a capacidade deve ser avaliada caso a caso, em relação a áreas específicas da tomada de decisões e tomando em consideração a condição geral da pessoa.”

Ao contrário do que aqui se recomenda, o Direito Português adopta, relativamente à matéria da incapacidade, uma posição rígida que não se compadece com a realidade das demências ou de quaisquer outros processos degenerativos que se caracterizem igualmente por perda gradual da capacidade de decidir.

Muito vantajoso seria, para assegurar verdadeiramente o Direito à Autodeterminação destas pessoas, que, nesta matéria como noutras, o legislador português consagrasse uma abordagem flexível e gradual da incapacidade.

Enquanto isso não acontece e mesmo que tal não aconteça, cabe a quem presta cuidados ou a quem acompanha o dia a dia destas pessoas respeitar sempre a sua autonomia e a sua vontade, seguindo os seguintes 5 princípios fundamentais:

- Presunção de capacidade – todos os adultos têm o direito de tomar as suas próprias decisões e presume-se que têm capacidade para o fazer a menos que se prove o contrário;
- As pessoas têm o direito de ser apoiadas nas suas tomadas de decisão, devendo ser-lhes dada toda a ajuda possível para que sejam elas próprias a decidir; esse apoio deve ser extensivo à comunicação das decisões;

- Não se pode assumir que alguém é incapaz apenas porque as suas decisões podem parecer insensatas ou excêntricas;
- Se alguém se tornou incapaz, tudo o que seja feito em sua representação, tem que ser feito de acordo com o seu melhor interesse;
- Se alguém se tornou incapaz, qualquer acto praticado ou decisão tomada em sua representação, deve ser o menos restritiva possível dos seus direitos e liberdades.

Para além da desadequação, do conceito de capacidade adoptado no Direito Português, à realidade, outro aspecto negativo se pode apontar no sentido do não reconhecimento cabal do Direito à Autodeterminação das pessoas em situação de incapacidade. Referimo-nos ao facto de a própria pessoa, inabilitada ou interdita, não ter qualquer influência no processo judicial que decreta a sua incapacidade, nem sequer na escolha da pessoa que o vai assistir ou representar.

Que soluções podem existir para que haja um maior reconhecimento do Direito à Autodeterminação das pessoas em situação de incapacidade?

As decisões para o futuro (Advance Directives) previstas nos Estados Unidos desde os anos 60 do sec. Passado e reconhecidas em diversos ordenamentos jurídicos europeus, como o francês, o austríaco, o inglês, entre outros, podem ser uma solução.

Nas decisões para o futuro a decisão é tomada quando a pessoa está no perfeito domínio da sua vontade e das suas capacidades cognitivas, para vir a ser aplicada ou tomada em consideração quando e se a pessoa se vier a encontrar numa situação de incapacidade para decidir.

A decisão para o futuro pode ter como conteúdo diversos aspectos, tais como: Consentimento e recusa de determinados tratamentos; Opções relativamente a cuidados de saúde, incluindo cuidados paliativos;

Participação em ensaios clínicos; Questões patrimoniais ou financeiras;
Preferências quanto a necessidades espirituais ou religiosas e estilo de vida.

As decisões para o futuro podem assumir diferentes formas:

Testamento vital, em que a decisão para o futuro consiste numa declaração escrita na qual a pessoa dispõe sobre alguma das matérias acima referidas.

Procuração para cuidados de saúde que consiste num acto de nomeação ou escolha de alguém para tomar decisões, no futuro, em situações em que a pessoa não esteja em condições de decidir, devido a incapacidade.

Auto-tutela prevista nomeadamente em Espanha, onde se prevê a possibilidade de a pessoa escolher o seu futuro tutor.

As decisões para o futuro são formas de reconhecimento do Direito à Autodeterminação das pessoas cuja vontade será respeitada em futura situação de incapacidade.

Em conclusão:

- São raras, em Portugal, as Pessoas com a sua capacidade de tomar decisões livres e esclarecidas comprometida, a quem tenha sido nomeado um tutor ou curador;
- Não prevendo a Lei portuguesa a possibilidade de as pessoas tomarem decisões para o futuro, vinculativas (nem testamentos vitais nem procuração para cuidados de saúde), estas não têm qualquer domínio sobre o seu futuro;
- E também não têm domínio sobre o seu presente:
 - Na prática decide quem não tem legitimidade (a família, o médico);
 - As formas de avaliação e de determinação da incapacidade ignoram que esta não acontece, na maioria dos casos, de um momento para o outro, nem é afectada em todas as suas facetas

em simultâneo, ou seja, ou se é totalmente capaz ou totalmente incapaz.

CONCLUSÃO

Bibliografia de referência

- Janvier, Roland e Matho, Yves (1999) *Mettre en œuvre le droit des usagers dans les établissements d'action sociale*, Dunod, Paris
- Foote, Christopher e Stanners, Christine (2002) *Integrating Care for Older people*, JKP, Londres
- Lhuillier, Jean-Marc (2000) *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Éditions ENSP, Berger-Levrault
- Tramma, Sergio (2000) *Inventar la vecchiaia*, Meltemi, Roma
- Rodrigues, Fernanda (1999) *Assistência Social e Políticas Sociais em Portugal*, ISSS-Dep Editorial, Lisboa;
- Actas do Seminário do CESIS : *Envelhecer: Um direito em Construção*;
- . *Guia para a intervenção com maiores em situação de incapacidade – publicação do Instituto para o Desenvolvimento Social*;
- *Manual para a prevenção da violência institucional – publicação do Instituto para o Desenvolvimento Social*
- *Aspectos éticos das pessoas em situação de doença – Actas do V Seminário do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*
- “*Economia e Sociologia*” – nº 66, de 1998 – *Publicação do Gabinete de Investigação e acção social do ISES de Évora*
- M. Sassier, T. FossierL - *avenir des tutelles - colectânea*– edições Dunod
- Robert Hugonot *La vieillesse maltraité* -- edições Dunod
- L Dominique Argoud *La parole des vieux* -- edições Dunod
- *Elderly people an the law – Gordon Ashton – Butterworths*
- *Mêtre en oeuvre le droit des usagers dans les établissements d'action sociale – Janvier, Roland e Matho, Yves – edições Dunod*
- *Integrating care for older people – Foote, Christopher e Stanners, Christine – edition JKP*

- ***O sentido das idades da Vida*** – Quaresma, Maria de Lourdes, Fernandes, Ana Alexandre, Calado, Dinah Ferreira, Pereira, Micael – edições CESDET
- ***Manual do Cuidador*** – Associação Alzheimer Portugal
- ***Este Tempo de Ser*** – Cabrera, José Pedro, Couvaneiro, Conceição Serrenho, Instituto Piaget
- ***A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*** – Vítor, Paula Távora – Coimbra Editora

ⁱ Report on the Evolution of the Family in Europe, 2009, Institute for Family Policies (www.ipfe.org).