

CONTRATAÇÃO PÚBLICA RESPONSÁVEL E AUTONOMIA: PARA UMA INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Melanie Oliveira Neiva Santos

Professora Coordenadora

Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo

RESUMEN

En la presente comunicación se analizará el fomento de un trato igualitario y la integración de las personas con discapacidad, dentro de un modelo social de discapacidad, establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es objeto de la presente exposición la contratación pública responsable y la protección de la autonomía individual, como factores de superación de la pobreza y la inclusión de las personas con discapacidad.

Sobre la base de la Convención e de la Estrategia Europa 2020, se examinará la Directiva 2014/24/UE* y su incorporación al orden jurídico portugués en el Código dos Contratos Públicos y la tutela de la autonomía de la persona en el Código Civil. Finalmente, se presenta un resumen de la inclusión social en análisis.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, igualdad, inclusión social, contratación pública responsable, autonomía.

CLAVES ECONLIT: D63, I14, J14.

* Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 26/02/2014, relativa aos contratos públicos.

SOCIAL PUBLIC PROCUREMENT AND INDIVIDUAL AUTONOMY: A PATH FOR SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES

EXPANDED ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in New York in 2006, affirms its vocation to promote an approach to the profound social disadvantage of people with disabilities, behavioural and physical barriers, in the several domains of life in society and thus experience conditions of extreme inequality. This is a shared reality in developed and developing countries, resulting in a risk of poverty and a factor of social exclusion.

At European level, the Europe 2020 Strategy has set three priorities: smart growth, sustainable growth and inclusive growth. The mainstays of the strategy are raising the employment rate, improving the conditions for research and development, cutting greenhouse gas emissions, reducing early school dropouts, increasing higher education graduates and promoting social inclusion through reducing the number of people at risk of poverty and social exclusion. These goals are interlinked and are representative of the three priorities established. For example, improving educational attainment levels will contribute to employability and raising employment rates will, in turn, contribute to reducing poverty¹.

In order to achieve the stated priorities set for smart, sustainable and inclusive growth, the strategy includes, among other initiatives, the “European Platform against Poverty”, so that social and territorial cohesion ensures a wide distribution of the benefits of growth and employment, and so that people in poverty and social exclusion condition can live in dignity and actively participate in society²”. The Council statement on the European Year of Fight against Poverty left the challenge of protecting the rights of future generations by creating an equitable, participatory and supportive society³.

As Philip Alston stresses⁴, solidarity is not enough, and we need different strategies that involve primarily listening to those in situations of extreme inequality. It is therefore

1. European Commission: Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, March, 2010, p. 14.

2. *Ibidem*, pp. 5-6.

3. European Council: Report on the European Platform against poverty and social exclusion, Brussels, december, 2010, p. 3.

4. Alston, P.: “What political leaders need to do to eradicate poverty”, The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, Helsinki, September, 2019.

necessary to give political visibility to poverty, mainly through economic analysis and to go beyond the discourse marked by moral values inherent to the fight against poverty.

Inequality has a negative impact on economic development, and this is an instrumental argument that could and should be used in political discourse.

According to Eurostat⁵, in 2018, 21.7% of the European population, which amounts to 109 million people, was at risk of poverty or social exclusion. This risk was higher among women (when compared to men), for young adults and for those with long standing health problems. In 2018, the risk of poverty and social exclusion was significantly higher for people with long standing health problems (34.8%), compared to those without such limitations which represent 19.2%.

According to the European Commission, “people with disabilities or those suffering from serious chronic diseases are often faced with enormous economic and social difficulties (...): around 6.5 million people at risk of poverty or exclusion report being persons with some kind of disability⁶.”

In the case of people with disabilities –disabilities understood in the broad sense adopted in the Convention– the risk of social exclusion and poverty is therefore particularly noticeable.

Considering the goals and principles set out in the Convention and in Europe 2020 Strategy, we aim to analyse, firstly, the Directive 2014/24/EU and its transposition into the Portuguese legal order in the Public Contracts Code, secondly, individual autonomy in the new regime of the accompanied adult. Finally, we consider the scope of the policy regarding social inclusion of persons with disabilities in Portugal through the analysed legal institutes.

Focusing our analysis in this particularly disadvantaged group, we will consider two recent changes in the Portuguese legal system. On the one hand, the transposition of Directive 2014/24/EU into the Public Contracts Code, and on the other, the change in the legal regime of the so-called disabilities of adult individuals in the Civil Code, by implementing a new paradigm, guided by the primacy of individual autonomy. This new model, established for the accompanied adults, is a cornerstone on the path to social inclusion of people

5. Eurostat: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburg, March, 2018.

6. European Comission: A European framework for social and territorial cohesion, November, 2011, p. 9.

with disabilities. Without individual autonomy and within a replacement model, these individuals have no freedom of choice, nor to decide or to contract.

The contract is the ultimate source of legal relations and the strongest expression of private autonomy and personal development in its many aspects, namely the right to work. The right to work is enshrined in article 58° of the Portuguese Constitution and hence has constitutional protection. As the European Commission points out, “a job is the safest way out of poverty for all those who can work⁷.”

The new paradigm of the primacy of the individual and his autonomy is a major mainstay for social economy models to lead to inclusive growth based on equality and dignity of people with disabilities. It is about respecting the capacity that one is (still) carrying.

It is therefore in this interaction of social economy and law that we will support our analysis, based on the new social model of disability contained in the Convention. Thus, we will explore two interconnected aspects: public procurement as an instrument of social policy and the protection of the autonomy of people with disabilities as a requirement for a policy of equality and social inclusion.

Through our analysis we will conclude that several social policy measures were indeed adopted in the Portuguese Public Procurement Code. It is, however, arguable whether these measures have, so far, produced positive impact on social inclusion.

The new role that social enterprises could play depends on the openness of economy to its participation, through the available mechanisms. Further consideration must be given to social and public awareness of its role and positive impact. The path for sustainable growth through responsible public procurement has been marked out. It is now necessary to promote a better use of public procurement for social purposes. As to individuals with some kind of disability and within the new framework for the accompanied adult, the new legal terminology, that abandons stigmatizing concepts, and adopts a more flexible regime adapted to each individual's needs, will certainly promote equality and social inclusion.

The new model, which respects individual rights and is guided by minimal intervention to the strict necessity of measures to give support to individuals, promotes social inclusion. Time will prove its rightfulness.

KEY WORDS: Disability, equity, social inclusion, social public procurement, autonomy.

7. *Ibidem*, p. 11.

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias. 2. A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. 2.1. Objeto e princípios gerais. 2.2. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência. 3. A Diretiva 2014/24/UE. 3.1. Objeto e âmbito de aplicação. 3.2. Medidas de política social. 3.3. A transposição da Diretiva para a ordem jurídica nacional: o Código dos Contratos Públicos. 3.4. Medidas de política social no Código dos Contratos Públicos. 3.5. O conceito de empresa social: breve referência. 4. Fundamentos do novo regime das incapacidades no Código Civil português: a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade. 4.1. O regime jurídico do maior acompanhado. 4.2. A primazia da autonomia da pessoa. 5. Impacto das medidas para a inclusão social e promoção da igualdade. 6. Conclusões. Bibliografia.

1. Notas introdutórias

A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência¹, adotada em Nova Iorque em 2006, afirma a sua vocação para, de forma abrangente, promover de novo uma abordagem à profunda desvantagem social em que se encontram as pessoas com incapacidades e barreiras comportamentais e físicas, nas diversas esferas da vida em sociedade e que, assim, experienciam condições de extrema desigualdade. Esta é uma realidade comum aos países desenvolvidos e em desenvolvimento que se traduz num risco de pobreza e fator de exclusão social.

No plano europeu, a Estratégia Europa 2020² definiu três prioridades: o crescimento inteligente, o crescimento sustentável e o crescimento inclusivo. Constituem pilares fundamentais da estratégia o aumento da taxa de emprego, a melhoria das condições para a investigação e desenvolvimento, a redução da emissão de gases com efeito de estufa, a diminuição do abandono escolar e aumento dos diplomados de ensino superior e a promoção da inclusão social através da redução do número de pessoas em risco de pobreza e exclusão social. Os objetivos estão interligados e são representativos das três prioridades estabelecidas. A melhoria dos níveis de habilitações contribuirá para a empregabilidade

1. Doravante apenas Convenção.

2. European Anti Poverty Network: A Estratégia Europa 2020, Bruxelas, junho, 2011, pp. 4-6.

e, por seu turno, o aumento do emprego contribuirá para a redução da pobreza³. Para alcançar as prioridades estabelecidas de crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, a estratégia compreende várias iniciativas, entre estas a «Plataforma europeia contra a pobreza» que visaa coesão social e territorial, assegurando uma distribuição dos benefícios do crescimento e do emprego e, assim, uma participação ativa na sociedade e uma vida digna para as pessoas em situação de pobreza e de exclusão social⁴.

Na declaração do Conselho sobre o ano europeu de luta contra a pobreza foi deixado o repto de salvaguarda dos direitos das gerações futuras, pela criação de uma sociedade equitativa, participativa e solidária⁵.

Contudo e conforme salienta Philip Alston⁶ ⁷, a solidariedade não é suficiente, são necessárias estatégias diferentes que envolvam em primeira linha escutar os que se encontram em situação de extrema desigualdade. É necessário imprimir visibilidade política à pobreza, designadamente através da análise económica e ir além do discurso marcado pelos valores morais inerentes ao combate à pobreza. A desigualdade tem um impacto negativo no desenvolvimento económico, argumento instrumental que pode e deve ser aproveitado no discurso político⁸.

Em 2018, a percentagem da população europeia que vivia em risco de pobreza ou de exclusão social cifrava-se na taxa de 21,7%⁹. Acresce que o risco de pobreza ou exclusão social era superior para as mulheres (quando comparado com os homens), para os jovens adultos e para os que padecem de problemas de saúde prolongados¹⁰.

3. Comissão Europeia: Europa 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, março, 2010, p. 14.

4. *Ibidem*, pp. 5-6.

5. Conselho Europeu: Declaração do Conselho sobre o Ano Europeu de luta contra a pobreza e exclusão social - trabalhar juntos para lutar contra a pobreza em 2010 e mais além, Bruxelas, dezembro, 2010, p. 3.

6. Enviado especial das Nações Unidas em matéria de pobreza e direitos humanos.

7. Alston, P.: "What political leaders need to do to eradicate poverty", The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, EAPN, EAPN – Fin, EU2019FI, BIBU, SOSTE, Helsínquia, setembro, 2019.

8. *Idem*.

9. 109 milhões de pessoas.

10. Eurostat: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, março, 2018, pp. 3-143.

Com efeito, em 2018, o risco de pobreza e exclusão social era significativamente mais alto para aqueles que sofrem de problemas de saúde prolongados, cifrando-se em 34,8%, quando comparado com os que não sofrem de limitações desta natureza, com uma taxa de 19,2%¹¹.

De acordo com a Comissão Europeia, “as pessoas com deficiência ou que sofrem de doenças crónicas graves são frequentemente confrontadas com enormes dificuldades económicas e sociais (...): cerca de 6,5 milhões de pessoas em risco de pobreza ou exclusão declaram ser portadores de uma qualquer deficiência¹².”

Conclui-se, pois, que no caso das pessoas com deficiência, no sentido amplo adotado na Convenção¹³, os riscos de exclusão social e de pobreza são particularmente acentuados.

Na presente exposição centraremos a análise no grupo especialmente desfavorecido das pessoas com deficiência e consideraremos duas recentes alterações no ordenamento jurídico português: a transposição da Diretiva 2014/24/UE no Código dos Contratos Públicos e a alteração do regime jurídico das denominadas incapacidades dos maiores no Código Civil, pela implementação de um novo paradigma, orientado pela primazia da autonomia da pessoa.

O regime agora instituído para as incapacidades constitui uma pedra basilar no caminho para a inclusão social das pessoas com deficiência. No modelo de substituição, que vigorou até à recente alteração legislativa neste domínio, o decretamento das incapacidades implicava, em larga medida, a ausência de liberdade de escolha, de decisão e de autonomia individual para contratar.

O contrato constitui a fonte por excelência de relações jurídicas, para uma expressão da vontade e desenvolvimento pessoal, nas suas múltiplas facetas, designadamente o direito ao trabalho¹⁴. E “um emprego é o caminho mais seguro para sair da pobreza para todas as pessoas que podem trabalhar¹⁵.”

O novo instituto jurídico do maior acompanhado assenta na primazia da pessoa e na sua autonomia, respeitando a capacidade de que a pessoa (ainda) é

11. *Ibidem*.

12. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 9.

13. Artigo 1º da Convenção.

14. Direito que goza de tutela constitucional e se encontra previsto no artigo 58º da Constituição da República Portuguesa.

15. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 11.

portadora pelo que constitui um pilar fundamental para que a economia social conduza a um crescimento inclusivo, apoiado na igualdade e dignidade da pessoa com deficiência ou incapacidade.

É, pois, nesta interação entre a economia social e o direito, que se desenvolverá a nossa análise, baseada na interligação entre a contratação pública como instrumento de política social e a tutela da autonomia da pessoa com deficiência como pressuposto de uma política de igualdade e inclusão social. A final é considerado o alcance das medidas analisadas no domínio da inclusão em Portugal.

2. A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência

A Convenção, adotada a 13 de dezembro de 2006¹⁶, constitui o produto de um longo caminho para instituir um modelo renovado de integração social de pessoas com deficiência. O seu escopo primacial é o de garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade¹⁷.

No seu preâmbulo é, desde logo, expressa a necessidade de garantir às pessoas com deficiência o pleno gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais consignados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

De forma inovadora é explicitado que a deficiência é um conceito em evolução resultante “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 pessoas¹⁸.”

Nas palavras de Magarida Paz¹⁹, operou-se a mudança para o modelo social da deficiência, de acordo com o qual a deficiência é considerada como questão

16. Aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 56/2009, de 30/07; ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 71/2009, de 30/07. A convenção entrou em vigor, no ordenamento jurídico português, a 23/10/2009.

17. Artigo 1º.

18. Considerando e).

19. Paz, M.: “A Capacidade jurídica na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Centro de Estudos Judiciários, Direitos das pessoas com deficiência, dezembro, 2017, p. 37.

relacionada com fatores estruturais, sociais e culturais, devendo a sociedade adaptar-se à pessoa com deficiência e não o contrário. Assim, o referido modelo pressupõe que a sociedade preste todo o apoio possível às pessoas com deficiência, permitindo a sua plena inclusão.

Por outro lado, enfatiza-se a importância da integração das questões de deficiência nas estratégias relevantes do desenvolvimento sustentável²⁰, reconhecendo-se que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza. A plena integração e participação das pessoas com deficiência no tecido social reforça o seu sentido de pertença, com impacto positivo no desenvolvimento “humano, social e económico da sociedade e na erradicação da pobreza²¹.”

Apesar dos esforços desenvolvidos, reconhece-se, porém, que este grupo especialmente desfavorecido continua a deparar-se com violações dos seus direitos e liberdades fundamentais e entraves à sua participação na vida em sociedade. É, também, por isso, realçada a importância, para as pessoas com deficiência, da autonomia e da independência individual, incluindo a liberdade de fazer escolhas próprias. Neste contexto assume especial relevância a família enquanto grupo natural e fundamental da sociedade, que deve ser apoiada pelo Estado para desempenhar o seu papel para um pleno e igual gozo dos direitos das pessoas com deficiência.

É exarada “a convicção de que uma convenção internacional abrangente e integral para promover e proteger os direitos e dignidade das pessoas com deficiência irá dar um significativo contributo para voltar a abordar a profunda desvantagem social das pessoas com deficiências e promover a sua participação nas esferas civil, política, económica, social e cultural com oportunidades iguais (...).²²”

2.1. Objeto e princípios gerais

Na norma contida no artigo primeiro da Convenção, sob a epígrafe “objeto”, é adotada uma definição ampla de deficiência nos termos da qual “as pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais,

20. Considerando g).

21. Considerando m).

22. Considerando y).

intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros.”

Constituem princípios gerais da Convenção, entre outros, “a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, incluindo a liberdade de fazerem as suas próprias escolhas, e independência das pessoas; b) Não discriminação; c) Participação e inclusão plena e efectiva na sociedade; d) O respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e humanidade; e) Igualdade de oportunidade; f) Acessibilidade; (...)”²³.

Com vista a alcançar os objetivos da Convenção, constituem obrigações gerais dos Estados Partes, entre outras, “(...) a) Adoptar todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza apropriadas com vista à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Tomar todas as medidas apropriadas, incluindo legislação, para modificar ou revogar as leis, normas, costumes e práticas existentes que constituam discriminação contra pessoas com deficiência; c) Ter em consideração a protecção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em todas as políticas e programas; d) Abster-se de qualquer acto ou prática que seja incompatível com a presente Convenção e garantir que as autoridades e instituições públicas agem em conformidade com a presente Convenção; (...)”²⁴.

Em desenvolvimento dos princípios estabelecidos, os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas de sensibilização da sociedade, incluindo a nível familiar, relativamente às pessoas com deficiência e a fomentar o respeito pelos seus direitos e dignidade, designadamente promover o reconhecimento das suas competências e aptidões e dos seus contributos para o local e mercado de trabalho²⁵.

2.2. A capacidade jurídica das pessoas com deficiência

De acordo com o artigo 12º da Convenção, as pessoas com deficiência têm o direito ao reconhecimento perante a lei da sua personalidade jurídica e da sua capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspetos da vida.

23. Artigo 3º.

24. Artigo 4º.

25. Artigo 8º, nº 2, alínea iii).

Concretizando o princípio estabelecido na referida norma, a Convenção determina que compete aos Estados Partes tomar medidas apropriadas para providenciar às pessoas com deficiência acesso ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica. As medidas visam o exercício da capacidade jurídica em relação não só aos direitos, mas também no que respeita à vontade e às preferências da pessoa.

Neste sentido Margarida Paz explica que, o respeito pelos direitos, vontade e preferências da pessoa com deficiência na tomada de qualquer decisão relativa ao exercício dos seus direitos, implica nomeadamente:

- *Respeito pela autonomia e independência individual, pressuposto essencial para a pessoa com deficiência ter liberdade de fazer as suas próprias escolhas;*
- *Envolvimento ativo da pessoa com deficiência nos processos de tomada de decisão que diretamente lhe digam respeito; e*
- *Participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade em condições de igualdade efetiva com as outras pessoas*²⁶.

Amunátegui Rodríguez esclarece que o conceito de autonomia que resulta do texto da Convenção é amplo e mais abrangente do que a autonomia da vontade tal como a entendemos no plano civilístico²⁷. No sentido adotado na Convenção, a autonomia pressupõe a independência, a dignidade e o respeito pelo protagonismo da pessoa²⁸.

A Convenção estipula que os Estados Partes devem assegurar que tais medidas fornecem garantias apropriadas para prevenir o abuso de acordo com o direito internacional dos direitos humanos²⁹. Em concretização da diretrizes estabelecidas, é detalhado que os Estados Partes devem garantir que as medidas são proporcionais, adaptadas às circunstâncias da pessoa, aplicadas no mais curto período de tempo possível e sujeitas a um controlo periódico por uma autoridade judicial ou órgão judicial competente.

26. *Idem*, p. 40.

27. Amunátegui Rodríguez, C.: Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, p. 33.

28. *Ibidem* p. 34.

29. Artigo 12º, nºs 3 e 4.

No que toca à esfera patrimonial das pessoas com deficiência é estabelecido que os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas e efetivas para assegurar a igualdade de direitos destas:

- em serem proprietárias;
- a herdarem património;
- a controlarem os seus próprios assuntos financeiros;
- a terem igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro; e
- evitar que estas sejam, arbitrariamente, privadas do seu património.

O quadro normativo da Convenção estabelece, assim, um modelo social de deficiência confrontando o aspeto das incapacidades em interação com barreiras que podem impedir a plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros. O objetivo é o acompanhamento do exercício da capacidade de exercício, em detrimento de um modelo de substituição. Sempre que possível o instituto da representação deve ceder a favor do instituto da assistência. Deve ser assegurada a autonomia e a liberdade de fazer escolhas, adaptando-se o acompanhamento às circunstâncias da pessoa.

3. A Diretiva 2014/24/UE³⁰

O quadro normativo da Diretiva é precedido por um número extenso de considerandos em que o legislador explana motivos, antecedentes e objetivos visados com o ato legislativo.

Desde logo, à cabeça dos considerandos, são referidas a Estratégia Europa 2020 e a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência³¹. Com efeito é declarado o papel fundamental que a contratação pública desempenha na Estratégia Europa 2020, “como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos³².”

30. Doravante apenas Diretiva.

31. Considerandos (2) e (3).

32. Considerando (2).

Sublinhando-se, em seguida, que as regras de contratação pública devem ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, facilitar a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública, e “de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns³³.”

A par da afirmação do papel a desempenhar pela contratação pública no crescimento inclusivo, é enfatizado que na aplicação da Diretiva considerar-se-à a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁴, nomeadamente no que se refere à escolha dos meios de comunicação, às especificações técnicas, aos critérios de adjudicação e às condições de execução dos contratos³⁵.

É ainda reconhecido o papel do emprego e do trabalho como elementos essenciais para a inserção social e para a garantia da igualdade de oportunidades para todos. Neste contexto afirma-se o importante contributo prestado pelas entidades da economia social. É assim feito apelo ao papel significativo das entidades cujo objetivo principal seja a integração social e profissional e das empresas sociais cujo objetivo principal seja apoiar a integração ou reintegração social e profissional das pessoas com deficiência e pessoas desfavorecidas, tais como desempregados, membros de minorias desfavorecidas ou grupos socialmente marginalizados³⁶.

Constata-se, porém, que tais entidades podem não estar aptas a obter contratos em normais condições de concorrência afirmando-se a conveniência “em prever que os Estados-Membros possam reservar a participação em processos de adjudicação de contratos ou certos lotes dos mesmos a essas entidades ou empresas ou reservar-lhes a execução dos contratos no âmbito de programas de emprego protegido³⁷.”

No que respeita às condições de execução dos contratos é reiterado que estas “poderão igualmente destinar-se a favorecer a aplicação de medidas de promoção

33. *Ibidem*.

34. Aprovada pela Decisão 2010/48/CE do Conselho, de 26/11/2009, relativa à celebração, pela Comunidade Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (JO L 23 de 27.1.2010, p. 35).

35. Considerando (3).

36. Considerando (36).

37. *Ibidem*.

da igualdade entre mulheres e homens no trabalho, aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e conciliação da vida profissional com a vida privada, (...), e o recrutamento de mais pessoas desfavorecidas do que é exigido pela legislação nacional³⁸.”

Em concretização dos considerando vindos de referir, a Diretiva prevê que as medidas destinadas ao fomento da inserção social das pessoas desfavorecidas ou de membros de grupos vulneráveis poderão, igualmente, ser objeto dos critérios de adjudicação ou das condições de execução dos contratos, desde que correspondam às obras, produtos ou serviços a fornecer no âmbito do contrato.

Assim, a título de exemplo, explicita-se que tais critérios ou condições podem referir-se, nomeadamente, “ao recrutamento de desempregados de longa duração, à implementação de ações de formação para os desempregados ou jovens no decurso da execução do contrato a adjudicar. Entre as especificações técnicas, as autoridades adjudicantes podem prever as exigências sociais que caracterizam diretamente o produto ou serviço em causa, tais como a acessibilidade para as pessoas com deficiência ou a conceção para todo o tipo de utilizadores³⁹.”

Salvo casos devidamente justificados é estabelecido que, sempre que o objeto dos contratos se destine a ser utilizado por pessoas, quer se trate do público em geral ou do pessoal da autoridade adjudicante, as autoridades adjudicantes devem ter em conta os critérios de acessibilidade para pessoas com deficiência ao estabelecerem as especificações técnicas⁴⁰. Além disso, as autoridades adjudicantes deverão poder excluir os operadores económicos, desqualificando-os para efeitos de adjudicação, que se tenham revelado pouco fiáveis, na sequência de infrações de obrigações ambientais ou sociais, incluindo as regras em matéria de acessibilidade de pessoas com deficiência⁴¹.

Verifica-se, pois, que o legislador estabeleceu, quer ao nível da adjudicação, quer ao nível da execução dos contratos, um conjunto de medidas que expressamente se direcionam à prossecução do objetivo do crescimento inclusivo, promovendo a igualdade das pessoas com deficiência e outros grupos desfavorecidos, medidas que dão resposta à Estratégia Europa 2020 e respeitam os objetivos da Convenção.

38. Considerando (98).

39. Considerando (99).

40. Considerando (76).

41. Considerando (101).

3.1. Objeto e âmbito de aplicação

O objeto e âmbito de aplicação da Diretiva são definidos no Título I, artigo 1º de acordo com o qual esta “estabelece as regras aplicáveis aos procedimentos de contratação adotados por autoridades adjudicantes relativamente a contratos públicos e a concursos de concessão cujo valor estimado não seja inferior aos limiares definidos no artigo 4.º⁴²”

Para efeitos de aplicação material da Diretiva “entende-se por «contratação pública» a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público⁴³.”, e por “«Autoridades adjudicantes» as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público⁴⁴.” Os conceitos de contratos públicos⁴⁵, contratos públicos de fornecimento e de serviços⁴⁶, de operador económico⁴⁷, de proponente⁴⁸ e candidato⁴⁹, são igualmente objeto de definição.

No título I, secção 3, sob a epígrafe “Exclusões”, são concretizados domínios e setores a que não aplica a Diretiva⁵⁰.

3.2. Medidas de política social

Entrando na análise das normas estabelecidas pela Diretiva e em concretização dos objetivos expressos nos considerandos, verifica-se que são adotadas

42. Artigo 1º, nº 1.

43. Artigo 1º, nº 2.

44. Artigo 2º, nº1, 1).

45. Artigo 2º, nº 1, 5).

46. Artigo 2º, nº 1, 8) e 9).

47. Artigo 2º, nº 1, 10).

48. Artigo 2º, nº 1, 11).

49. Artigo 2º, nº 1, 12).

50. Artigos 7º a 12º.

medidas de política social, recorrendo à contratação pública como instrumento de promoção da igualdade e integração social de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

No Título I da Diretiva, dedicado ao âmbito de aplicação, definições e princípios gerais, são estabelecidas, no seu capítulo II, regras gerais. Neste capítulo destaca-se a norma contida no artigo 20º que estabelece a possibilidade dos Estados-Membros reservarem o direito a participar em procedimento de contratação pública a empresas sociais cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos.

Ainda no Título I, no que respeita à condução do procedimento, estabelece o artigo 42º que as especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos, e para “os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, quer seja o público em geral quer o pessoal da autoridade adjudicante, as especificações técnicas devem, salvo em casos devidamente justificados, ser elaboradas de modo a ter em conta os critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores.” Acrescentando que, no caso de existirem “requisitos de acessibilidade obrigatórias adotadas por ato jurídico da União, as especificações técnicas devem ser definidas por referência a essas normas, no que respeita aos critérios de acessibilidade para as pessoas com deficiência ou de conceção para todos os utilizadores. (...)”

A Diretiva estabelece um conjunto de regras no domínio da seleção dos participantes e adjudicação dos contratos⁵¹. O artigo 62º estabelece normas de garantia de qualidade e normas de gestão ambiental, nomeadamente de acessibilidade para pessoas com deficiência.

Os critérios de adjudicação dos contratos são estabelecidos no artigo 67º, que, no seu nº 1, estabelece a regra da adjudicação dos contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa⁵². Concretizando o critério da proposta economicamente mais vantajosa é indicado que esta deve ser

51. Artigos 40º a 69º, sistematicamente inseridos na Secção III, do Capítulo III, do Título I.

52. Sem prejuízo de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais que respeitem ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços.

identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, e “pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. (...)”⁵³. A título exemplificativo são elencados diversos aspetos que os critérios podem incluir. Destes destacamos o seguinte: “a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições”⁵⁴.

A norma que define os critérios de adjudicação estabelece, ainda, a necessidade da autoridade adjudicante especificar nos documentos do concurso a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa⁵⁵.

Em sede de execução do contrato, o artigo 70º estabelece a possibilidade das autoridades adjudicantes fixarem condições especiais de execução de um contrato e que podem incluir considerações, designadamente, de ordem social ou emprego.

O título III ocupa-se de regimes especiais de contratação pública, e o seu capítulo I tem por objeto a contratação pública no domínio dos serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo XIV da Diretiva. O artigo 77º prevê a possibilidade de contratos reservados no domínio dos serviços de saúde, serviços sociais e serviços culturais referidos no artigo 74º.

3.3. A transposição da Diretiva para a ordem jurídica nacional: o Código dos Contratos Públicos

O Código dos Contratos Públicos⁵⁶, aplicável à contratação pública, regula a formação e a execução de contratos públicos em Portugal⁵⁷. Na sua versão originária, o CCP transpôs as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31/03.

53. Artigo 67º, nº 2.

54. Artigo 67º, nº 2 alínea a).

55. Artigo 67º, nº 5.

56. Doravante CCP.

57. Aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29/01.

Desde a sua aprovação e na última década, o CCP foi sucessivamente alterado. O Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31/08, procedeu à nona alteração ao CCP, e transpôs, entre outras, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02/2014. Conforme é explicitado no preâmbulo legal do Decreto-Lei nº 111-B/2017, as alterações introduzidas podem ser agregadas em três grandes grupos: “(i) alterações decorrentes da transposição das diretivas; (ii) medidas de simplificação, desburocratização e flexibilização; e (iii) medidas de transparência e boa gestão pública.” O legislador nacional esclarece ainda que “De entre as significativas alterações introduzidas no Código decorrentes da transposição das diretivas, e sem prejuízo de outras, destacam-se: (i) o alargamento do regime dos contratos entre entidades do setor público, abrangendo outras formas de cooperação entre entidades públicas; (ii) a criação de um novo procedimento para a aquisição de produtos ou serviços inovadores - a parceria para a inovação; (iii) a promoção da adjudicação de contratos sob a forma de lotes com vista a incentivar a participação das pequenas e médias empresas; (iv) a possibilidade de reserva de contratos para entidades que empreguem pessoas com deficiência ou desfavorecidas; (...).”

3.4. Medidas de política social no Código dos Contratos Públicos

No que respeita à adoção de medidas de política social, transpostas da Diretiva para o CCP, verifica-se que, para esse efeito, foram alteradas e aditadas diversas normas.

Desde logo, foi aditado o artigo 1º-A que, sob a epígrafe “Princípios”, estabelece no seu nº 1 que “na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação⁵⁸.” Ainda com interesse para o tema objeto desta exposição, estipula o nº 2 da norma aditada que “As entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos

58. Princípios reafirmados no artigo 280º, nº 3, inserido na parte III do Código, dedicada ao regime substantivo dos contratos administrativos.

contratos públicos, que os operadores económicos respeitam as normas aplicáveis em vigor em matéria social, laboral, ambiental e de igualdade de género, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional.”

A redação dada ao artigo 42º, respeitante ao caderno de encargos, foi alterada, em especial o seu nº 6, e atualmente prevê que “Os aspetos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer:

- a) A aplicação de medidas de promoção da igualdade de género e da igualdade salarial no trabalho;
- b) O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho;
- c) A conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal dos trabalhadores afetos à execução do contrato;
- d) A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.”

A norma contida no artigo 49º, relativa às especificações, foi alterada, dedicando os seus nºs 5 e 6 à matéria da acessibilidade, seguindo de perto a redação constante da Diretiva⁵⁹.

O legislador nacional aditou uma norma para previsão de contratos reservados, usando a faculdade prevista no artigo 20º da Diretiva. A norma contida no Artigo 54º-A do CCP é, contudo, menos abrangente do que a previsão do artigo 20º da Diretiva. Com efeito, estabelece que “A entidade adjudicante pode reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que pelo menos 30/prct. dos trabalhadores daquelas entidades tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei ou sejam desfavorecidos.”, mas não inclui na hipótese normativa a possibilidade de reservar a execução do contrato para o âmbito de programas de emprego protegido.

Foi ainda aditado o artigo 250º-D que, no seu nº 1, prevê a possibilidade das entidades adjudicantes lançarem procedimento de formação de contratos reservados quando estejam em causa os serviços de saúde, de ensino e culturais que se encontrem incluídos no Anexo X ao Código. O nº 2 estabelece requisitos cumulativos a verificar pelos candidatos ou concorrentes. O regime previsto nesta

59. Vide a redação do nº 1, do artigo 42º da Diretiva e a redação dos nºs 5 e 6 do artigo 49º do CCP.

norma é ainda aplicável às empresas sociais, constituídas nos termos legalmente previstos, desde que se encontrem cumpridos os requisitos previstos no nº 2.

Para efeitos do disposto nesta norma, “são consideradas empresas sociais aquelas que se dedicam à produção de bens e serviços com forte componente de empreendedorismo social ou de inovação social, e promovendo a integração no mercado de trabalho, através do desenvolvimento de programas de investigação, de inovação e de desenvolvimento social, nas áreas dos serviços previstos no nº 1⁶⁰ 61.” Conforme salientam Mendoza Jiménez *et al.*⁶² o Código dos Contratos Públicos apresenta uma inovadora definição de empresas sociais.

No que respeita ao critério de adjudicação o artigo 74º, no seu nº 1, estabelece que “A adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, determinada por uma das seguintes modalidades:

- a) Melhor relação qualidade-preço, na qual o critério de adjudicação é composto por um conjunto de fatores, e eventuais subfatores, relacionados com diversos aspetos da execução do contrato a celebrar;
- b) Avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar.”

O nº 4 da norma prevê a obrigatoriedade de definição do critério de desempate na avaliação das propostas, podendo ser utilizados os fatores e subfatores estabelecidos no artigo 75º ou a proposta que tiver sido apresentada por empresas sociais ou por pequenas e médias empresas.

De acordo com o disposto no nº 1 do artigo 75º “Os fatores e os eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar, abrangendo todos, e apenas, os aspetos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.” E nos termos do seu nº 2, “Os fatores e

60. Artigo 250º-D, nº 7.

61. Para um conceito de empresa social *vide* Álvarez Vega, I.: “El reto del derecho antes los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, pp. 13-44.

62. Mendoza Jiménez, J., Román Cervantes, C., Hernández López, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, p. 310.

os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes:

- a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de fornecimento; (...)
- d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, e a denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados; (...)

3.5. O conceito de empresa social: breve referência

O conceito de empresa social é um pressuposto da aplicação de algumas das medidas de política social transpostas para o CCP pelo que, ainda que de forma sumária, se abordará os seus traços caracterizadores com apoio na posição adotada pela EMES⁶³.

Partindo dos elementos caracterizadores do conceito de empresa social será analisada a noção adotada no Regulamento (UE) n.º 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2013, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social e no CCP.

De acordo com Jacques Defourny e Marthe Nyssens⁶⁴ a posição adotada pela EMES no que respeita ao conceito de empresa social assenta na tradição histórica europeia do terceiro setor e radica num largo diálogo entre diferentes disciplinas, como a economia, a sociologia, a ciência política e a gestão, e as diferentes sensibilidades nacionais presentes na união europeia.

Os referidos autores identificam, na construção deste conceito, três dimensões para as quais descrevem vários indicadores que, uma vez preenchidos, nos permitem concluir estar perante uma empresa social. Assim o conceito em análise

63. EMES International Research Network, rede europeia que integra centros de investigação de inúmeros países da União Europeia.

64. Defourny, J. e Nyssens, M.: “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, EMES Working Papers Series n.º 13/01, EMES European Research Network, 2013, p. 13.

encontrar-se-á por referência às seguintes dimensões: (i) económica e empresarial, (ii) social e (iii) governo participativo das empresas sociais.

No que toca à primeira dimensão referida constituem indicadores relevantes para a fixação do conceito de empresa social os seguintes elementos: o objeto principal seja a atividade produtiva de bens ou de prestação de serviços, a existência de um significativo nível de risco económico e a coexistência de trabalhadores voluntários com um nível mínimo de trabalhadores remunerados⁶⁵.

Ao nível da dimensão social destacam-se como indicadores os objetivos explícitos de benefício social⁶⁶ e de promoção da responsabilidade social, assumir a forma duma iniciativa coletiva empreendida por um grupo de cidadãos ou organizações da sociedade civil e a restrita distribuição de benefícios, avultando aqui a primazia do fim social⁶⁷.

Por último, constituem indicadores da dimensão de governo participativo o grau de autonomia das empresas sociais que se traduz num governo por um grupo de pessoas com base num projeto próprio⁶⁸, no poder deliberativo baseado na participação dos membros⁶⁹ e não com base na participação detida no capital, a influência das diferentes partes interessadas na tomada de decisões e a gestão participada.

No âmbito do Regulamento (UE) nº 346/2013⁷⁰, enquadrado na iniciativa de empreendedorismo social prevista pela Comissão na sua Comunicação, de 25 de outubro de 2011⁷¹, é afirmada a necessidade de garantir a clareza e a certeza na sua aplicação, pelo que se deve igualmente estabelecer critérios uniformes para identificar empresas sociais. Assim a empresa social é definida como “um operador da economia social cujo objetivo principal, mais do que gerar lucros para os seus proprietários ou sócios, é ter uma incidência social. Opera no mercado forne-

65. *Ibidem* pp. 14-15.

66. A empresa social tem como objetivo servir a comunidade ou um grupo específico de pessoas.

67. Defourny, J. e Nyssens, M., *idem*, p. 15.

68. As empresas sociais podem depender de ajudas públicas sem contudo serem geridas por autoridades públicas.

69. Um membro um voto.

70. Regulamento (UE) nº 346/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2013, relativo aos fundos europeus de empreendedorismo social.

71. Comunicação intitulada «Iniciativa de Empreendedorismo Social – Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais».

cendo bens e serviços e utiliza os seus lucros essencialmente para atingir objetivos sociais. É gerida de forma responsável e transparente, nomeadamente através da participação de empregados, consumidores e outros interessados abrangidos pela sua atividade comercial⁷².”

Acrescenta-se a ideia de que a empresa social, se distancia das empresas comerciais pois ao invés de constituir o seu fim mediato a maximização dos lucros, têm objetivo principal o de produzir incidências sociais positivas. Estas últimas podem reconduzir-se, designadamente, à prestação de serviços a imigrantes ou à reintegração de grupos marginalizados no mercado de trabalho, fornecendo emprego, formação ou outros tipos de apoio. Por último reforça-se que o objetivo principal radica no fim social e que os lucros devem ser utilizados para esse fim e a gestão deve ser caracterizada pela responsabilidade e transparência⁷³.

É, assim, possível reconhecer no conceito adotado no regulamento as dimensões económica e empresarial, social e de governo participativo, enunciadas por Defourny e Nyssens⁷⁴.

No que respeita ao conceito de empresa social no CCP encontramos uma definição legal no seu artigo 250º-D, nº 7, nos termos do qual “são consideradas empresas sociais aquelas que se dedicam à produção de bens e serviços com forte componente de empreendedorismo social ou de inovação social, e promovendo a integração no mercado de trabalho, através do desenvolvimento de programas de investigação, de inovação e de desenvolvimento social”, nas áreas dos serviços de saúde, de ensino e culturais.

4. Fundamentos do novo regime das incapacidades no Código Civil português: a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade

O novo regime jurídico do maior acompanhado introduzido no Código Civil Português pela Lei nº 49/2018, de 14/08 resultou da proposta de Lei n.º 110/XIII⁷⁵ apresentada pelo Governo.

72. Considerando 12 do regulamento.

73. Considerando 13 do regulamento.

74. *Vide supra* 3.5

75. Disponível em <https://www.parlamento.pt>

Na exposição dos motivos da proposta de lei são apresentadas as razões justificativas da necessidade de uma reforma em matéria das incapacidades. Assim é explicitado que as soluções fornecidas pelo Código Civil de 1966, no âmbito das denominadas incapacidades dos maiores, tornaram-se progressivamente desajustadas. Assistimos hoje a alterações sociodemográficas pelo aumento da esperança de vida determinante de um aumento de patologias limitativas.

Conforme se pode ler na exposição de motivos, consciente desta realidade, o Programa do XXI Governo Constitucional elegeu “como objetivo estratégico a inclusão de pessoas com deficiência ou incapacidade⁷⁶.”

É reconhecida a desadequação do regime então vigente, pela rigidez da dicotomia interdição/inabilitação como obstáculo ao exercício da capacidade de que a pessoa é ainda portadora e o carácter estigmatizante da terminologia usada.

Por outro lado destaca-se a existência de instrumentos internacionais vinculantes para a República Portuguesa, avultando aqui a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Em síntese são elencados como fundamentos para uma ambiciosa reforma: “a primazia da autonomia da pessoa, cuja vontade deve ser respeitada até ao limite do possível; a subsidiariedade de quaisquer limitações judiciais à sua capacidade, só admissíveis quando o problema não possa ser ultrapassado com recurso aos deveres de proteção e de acompanhamento comuns, próprios de qualquer situação familiar; flexibilização da interdição/inabilitação, dentro da ideia de singularidade da situação; a manutenção de um controlo jurisdicional eficaz sobre qualquer constrangimento imposto ao visado; o primado dos seus interesses pessoais e patrimoniais; a agilização dos procedimentos, no respeito pelos pontos anteriores; a intervenção do Ministério Público em defesa e, quando necessário, em representação do visado^{77 78}.”

76. Proposta de Lei nº 110/XIII, p. 2.

77. *Ibidem*, p. 3.

78. Sobre a intervenção do Ministério Público no processo especial de acompanhamento de maiores, previsto nos artigos 891º a 904º do Código de Processo Civil, *vide* Teixeira de Sousa, M.: “O regime do acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 41-60.

4.1. O regime jurídico do maior acompanhado

A Lei nº 49/2018⁷⁹, de 14/08, entrou em vigor a 10/02/2019, consagrou o regime jurídico do maior acompanhado e eliminou os institutos da interdição e da inabilitação previstos no Código Civil. Por força deste diploma foi introduzida uma alteração à sistemática do Código Civil, os artigos Arts. 138º a 156º, cuja Subsecção passou a ser intitulada “Maiores acompanhados”.

A nova lei introduziu um modelo de proteção sem incapacitar, passando de um figurino de substituição para um de acompanhamento. O pilar fundamental do novo regime é o respeito pela autonomia da pessoa, o que determina a subsidiariedade do acompanhamento. Estabelece o nº 1 do artigo 140º do Código Civil que “o acompanhamento do maior visa assegurar o seu bem-estar, a sua recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres, salvas as exceções legais ou as determinadas por sentença.” E sempre que tal objetivo se encontre garantido através dos deveres gerais de cooperação e de assistência que no caso caibam não deve ser decretada a medida de acompanhamento⁸⁰.

O âmbito e o conteúdo do acompanhamento são orientados pelo princípio da necessidade. É, assim, expressamente previsto que o acompanhamento é limitado ao necessário⁸¹.

A lei prevê que “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 nestes Código⁸².” A nova terminologia abandona vocábulos estigmatizantes e coloca a tónica na necessidade de apoiar, beneficiando o maior com as medidas previstas no código.

As concretas medidas de acompanhamento só podem ser decretadas por decisão judicial, a qual está sujeita a uma revisão periódica mínima de 5 em 5 anos⁸³, solução que acompanha os princípios gerais insítos na Convenção.

79. Para uma apresentação da Lei nº 49/2018, de 14/08 *vide* Pinto Monteiro, A.: “Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 25-38.

80. Artigo 140º, nº 2 do Código Civil.

81. Artigo 145º, nº 1 do Código Civil.

82. Artigo 138º do Código Civil.

83. Artigos 139º e 155º do Código Civil.

Da leitura conjugada dos objetivos e princípios estabelecidos na Convenção⁸⁴ e dos traços gerais do regime jurídico do maior acompanhado⁸⁵, resulta uma estreita ligação entre os diplomas, tendo o legislador nacional seguido o modelo de capacidade jurídica preconizado na Convenção.

4.2. A primazia da autonomia da pessoa

Conforme é sublinhado na Convenção reveste-se de particular importância para as pessoas com deficiência, a autonomia e a independência individual, incluindo a liberdade de fazer escolhas próprias⁸⁶. Constitui, ainda, um princípio geral da Convenção a inclusão plena e efetiva na sociedade das pessoas com deficiência. Na concretização da capacidade jurídica das pessoas com deficiência é exigido aos Estados Partes que adotem medidas proporcionais e adaptadas às circunstâncias de cada pessoa.

Neste contexto assumem particular relevância as novas normas contidas nos artigos 147º e 156º do Código Civil, a primeira relativa aos direitos pessoais e negócios da vida corrente, a segunda respeitante ao mandato com vista ao acompanhamento.

O nº 1 do artigo 147º do Código Civil consagra a liberdade de exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário. Nos termos do seu nº 2 constituem direitos pessoais, entre outros, “os direitos de casar ou de constituir situações de união, de procriar, de perfilhar ou de adotar, de cuidar e de educar os filhos ou os adotados, de escolher profissão (...).”

84. *Vide supra* 2.1. e 2.2.

85. Sobre o novo regime jurídico do maior acompanhado *vide* Lopes Ribeiro, N.: “O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, *O novo regime jurídico do maior acompanhado*, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 77-109 e Miranda Barbosa, M.: *Maiores acompanhados*, primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, Gestlegal, Coimbra, setembro, 2018, pp. 37-76.

86. Para uma reflexão sobre a liberdade de fazer escolhas e o apoio a prestar ao maior no exercício deste direito, defendendo que tal liberdade inclui o direito a errar e a rejeitar o apoio na hora de decidir, *Vide* Amunátegui Rodríguez, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad*, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, pp. 38-42.

O alcance desta norma é de particular importância para um pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência. É ultrapassado o anterior modelo de substituição, em que o incapaz era equiparado ao menor e sofria assim de uma incapacidade geral de exercício de direitos⁸⁷, coarctando a possibilidade de exercer a capacidade de que a pessoa (ainda) é portadora.

A possibilidade de livremente exercer escolhas, designadamente a de escolher profissão e celebrar negócios jurídicos da vida corrente, são condições basilares para uma inclusão social da pessoa com capacidade diminuída. A regra é a da liberdade de exercícios de direitos pessoais, prevendo a lei que a sua limitação está sujeita a decisão judicial.

Reveste-se igualmente de especial importância a possibilidade do maior celebrar um mandato, com vista ao acompanhamento, para gestão dos seus interesses, faculdade prevista no artigo 156.º, n.º 1 do Código Civil. A lei prevê que caso venham a ser decretadas medidas de acompanhamento, o tribunal deve aproveitar, no todo ou em parte, o mandato, tomando-o em consideração na definição do âmbito da proteção e na designação do acompanhante.

Um dos desafios atuais é compaginar o novo regime com o regime pretérito das interdições e inabilitações já decretadas. O artigo 26.º da Lei n.º 49/2018, regula a aplicação da lei no tempo e estabelece que, para as interdições decretadas antes da entrada em vigor da nova lei, isto é antes de 10/02/2019, “o juiz pode autorizar a prática de atos pessoais direta e livremente, mediante requerimento justificado⁸⁸.”

O novo regime é imediatamente aplicável aos processos pendentes e às interdições e inabilitações já decretadas aplica-se o regime do maior acompanhado. Os acompanhamentos resultantes da conversão *ope legis* são revistos a pedido do próprio, do acompanhante ou do Ministério Público, à luz do regime atual⁸⁹.

87. Solução legal que resultava da remissão operada pela letra do artigo 139.º para o artigo 123.º do Código Civil, no anterior regime da interdição e da inabilitação. Sobre a incapacidade genérica dos interditos *vide* Carvalho Fernandes, L., Brandão Proença, J. (Coord.): Comentário ao Código Civil - Parte Geral, 1º Vol. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, anotação ao artigo 139.º, pp. 299-303.

88. Artigo 26º, nºs 4 e 5 da Lei n.º 48/2019, de 14/08 e artigo 147º do Código Civil, na sua atual redação.

89. Artigo 26º, nºs 1, 4 e 6 a 8, da Lei n.º 48/2019, de 14/08.

5. Impacto das medidas para a inclusão social e promoção da igualdade

Chegados a este ponto verificamos que a adoção do novo modelo social de deficiência na Convenção e a Estratégia Europa 2020, entre outras iniciativas e ações empreendidas a nível europeu, influenciaram a política legislativa para uma inclusão social das pessoas com deficiência e incapacidade em Portugal.

Por força da vinculatividade dos instrumentos internacionais e europeus, foram introduzidas recentes alterações no ordenamento jurídico português.

No domínio da contratação pública, a transposição da Diretiva 2014/24/UE determinou a alteração e aditamento de inúmeras normas do CCP, disposições que constituem instrumentos de política social⁹⁰.

Analisámos dois aspetos interligados: a contratação pública como instrumento de política social e a tutela da autonomia da pessoa com deficiência como pressuposto de uma política para a igualdade e inclusão social.

No que respeita ao alcance das medidas analisadas, serão aqui tecidas considerações sobre o impacto e desafios das políticas de inclusão por via da contratação pública e da promoção da igualdade no quadro do novo regime do maior acompanhado.

No domínio da contratação pública, em face das medidas de política social adotadas no CCP, realizámos uma análise ao portal dos contratos públicos, denominado Portal Base⁹¹, para aferir o nível de concretização destas medidas.

O portal em causa disponibiliza informação aberta sobre os contratos públicos sujeitos ao regime do CCP, de acordo com o previsto no artigo 2.º do DL n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Procedeu-se à divulgação, entre outros dados, dos elementos referentes à formação e execução dos contratos públicos, o que permite o seu acompanhamento e monitorização, bem como dum relatório estatístico anual relativo aos contratos de aquisição e locação de bens e aquisição de serviços, empreitada de obras públicas e contratos de concessão de obras e serviços públicos, no cumprimento de obrigações estatísticas impostas pela Diretiva em obediência à transparência.

90. *Vide supra* 3.4.

91. Disponível em <http://www.base.gov.pt/Base/pt/OPortal/Base>

Em 2018 foi publicado o relatório⁹² anual da contratação pública relativo ao ano de 2017⁹³, ano em que foi transposta a Diretiva para o ordenamento jurídico nacional. Nas conclusões do Relatório de 2017 pode ler-se, designadamente, que:

- “O critério para apreciação das propostas mais utilizado é o do preço mais baixo, utilizado em 72,1% dos procedimentos concursais. Em 51,8% dos procedimentos concursais, o fator preço ou análogo teve um peso superior a 50%⁹⁴.”
- “80 228 foi o número de operadores económicos que celebraram contratos com entidades adjudicantes. Destes operadores económicos, 95,2% foram nacionais, 3,9% originários de outros países da União Europeia e 1,0% de países terceiros⁹⁵.”
- “Das empresas nacionais 67,0% eram microempresas, 31,2% pequenas e médias empresas e apenas 1,8% grandes empresas. As pequenas e médias empresas foram responsáveis por 43,7% do número de contratos celebrados, seguidos das micro empresas (39,1%) e das grandes empresas (17,2%)⁹⁶.”

No que respeita ao peso dos contratos públicos sobre o volume de negócios dos operadores económicos, destamos “a identificação de 1 599 casos nos quais o valor dos contratos celebrados com as entidades adjudicantes foi superior ao volume de negócios dessas empresas no ano de 2017. Destas empresas, a maior fatia (92,9%) respeitava a Micro empresas⁹⁷.”

O Relatório assinala que “os operadores económicos que celebraram contratos públicos no ano de 2017 foram maioritariamente Micro Empresas (67,0%). Todavia, apenas representaram 39,1% do número total de contratos celebrados e somente 14,3% dos montantes contratuais. Já as Pequenas e Médias Empresas (PME), que representaram 31,2% dos operadores económicos, foram responsá-

92. Doravante apenas Relatório.

93. Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção: Contratação Pública em Portugal 2017, Direção Financeira, de Estudos e de Estratégia setembro, 2018, pp. 8-100.

94. *Ibidem*, conclusão 14ª, p. 99.

95. *Ibidem*, conclusão 17ª, p. 100.

96. *Ibidem*, conclusão 18ª, p. 100.

97. *Ibidem*, pp. 84-85.

veis pela celebração de pouco menos de metade dos contratos (43,7%), a que correspondeu perto de ½ dos valores contratuais (51,9%)^{98.}”

Da leitura do teor do Relatório não se vislumbra qualquer referência ao instrumento dos contratos reservados.

E analisados inúmeros anúncios de procedimento, publicados no ano de 2019 e disponíveis para consulta na plataforma, em nenhum caso a entidade adjudicante reservou a possibilidade de ser candidato ou concorrente, às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

Ainda numa análise ao Relatório sobre os serviços contratados (critério material) não se descortina que tenham sido celebrados contratos reservados, com empresas sociais, nos termos do artigo 250.º-D do Código dos Contratos Públicos. Com efeito na rubrica outros serviços não é discriminada a sua natureza⁹⁹.

A consulta do Relatório para o ano de 2017 e de vários anúncios de procedimento, publicados no ano de 2019, permite concluir que o critério para apreciação das propostas mais utilizado foi o do preço mais baixo. Não tendo sido possível encontrar, nos critérios de apreciação, subfactores instrumentais da política de inclusão social.

Tendo presente que: i) o tecido empresarial nacional é maioritariamente caracterizado por micro, pequenas e médias empresas; ii) as pequenas e médias empresas foram responsáveis por 43,7% do número de contratos celebrados em 2017, seguidos das microempresas (39,1%); iii) em 1 599 dos casos, o valor dos contratos celebrados foi superior ao volume de negócios dos operadores económicos, no ano de 2017, e destes, a maior fatia (92,9%) respeitava a microempresas; podemos concluir que, pelo alcance e peso que detém no tecido empresarial nacional, a contratação pública constitui um domínio especialmente relevante para a implementação de medidas de política social para um crescimento que promova a igualdade e a inclusão de grupos desfavorecidos como é o caso das pessoas com deficiência.

Por outro lado, o novo regime instituído para as incapacidades constitui uma importante base para a inclusão social das pessoas com deficiência. A superação do modelo de substituição, assente, em larga medida, na ausência de liberdade de escolha, de decisão e de autonomia individual para contratar, é um pressuposto de capital importância para uma política de inclusão social.

98. *Ibidem*, p. 80.

99. *Ibidem*, p. 47.

O contrato encontra-se no cerne das relações jurídicas, instrumento primordial da expressão da vontade e desenvolvimento pessoal, nas suas múltiplas facetas, designadamente o direito ao trabalho¹⁰⁰. E “um emprego é o caminho mais seguro para sair da pobreza para todas as pessoas que podem trabalhar¹⁰¹.”

O novo instituto jurídico do maior acompanhado assenta na primazia da pessoa e na sua autonomia, respeitando a capacidade de que a pessoa (ainda) é portadora pelo que constitui um pilar fundamental para que a economia social conduza a um crescimento inclusivo, apoiado na igualdade e dignidade da pessoa com deficiência ou incapacidade. Sublinhamos, pois, o papel que a autonomia das pessoas com deficiência desempenha na promoção da sua igualdade e inclusão, e o conseqüente relevo desta para um crescimento inclusivo.

A consagração da capacidade de exercício de direitos pessoais como regime regra, o modelo do acompanhamento limitado pelo princípio da necessidade, a supletividade do acompanhamento que não deve ser decretado sempre que o seu objeto se mostre garantido através dos deveres gerais de cooperação e assistência, constituem instrumentos de promoção da igualdade e fatores de inclusão das pessoas com deficiência.

Do ponto de vista social, o aumento da esperança de vida determinou um aumento das limitações naturais na população portuguesa. “Em Portugal haverá 150.000 pessoas com demência, incluindo 90.000 doentes de Alzheimer. Além disso, temos situações de degenerescência por alcoolismo (síndrome de Kasakoff e outros), bem como pessoas com sequências de acidentes vasculares cerebrais¹⁰².”

A esta realidade acresce a especial vulnerabilidade decorrente do envelhecimento natural, potenciadora de situações usurárias e fraudulentas.

Reflexamente, a realidade judiciária tem assistido a um aumento de processos judiciais (ainda no regime pretérito) de interdição e inabilitação.

A título de exemplo refira-se o caso das ações de interdição que aumentaram sucessivamente, em número, nos anos de 2011, 2012 e 2013, registando 1.755, 1.938 e 2.147 novos processos, respetivamente¹⁰³.

100. Direito que goza de tutela constitucional e se encontra previsto no artigo 58º da Constituição da República Portuguesa.

101. Comissão Europeia (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, p. 11.

102. Menezes Cordeiro, A.: “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 498.

103. *Ibidem*, p. 499.

Da breve referência ao quadro de patologias e ações conexas com as incapacidades, resulta a importância prática das medidas instituídas no novo instituto do maior acompanhado.

6. Conclusões

O diálogo entre a economia, a sociologia e o direito, permite a adoção de modelos de política social com incidências positivas para um crescimento sustentável e inclusivo, baseado na promoção da igualdade e dignidade.

A realidade parece, porém, espelhar que as medidas de política social analisadas com o objetivo dum crescimento inclusivo constituem ainda mera letra de lei, sem resultados práticos visíveis. Importa implementar ações de sensibilização no domínio da contratação pública responsável.

As medidas de política social presentes no atual Código dos Contratos Públicos, em especial por via dos contratos reservados, constituem uma base que deve ser *efetivamente* desenvolvida pelas entidades adjudicantes.

O papel a desempenhar pelas empresas sociais neste domínio depende da abertura à sua participação na economia, por via dos mecanismos disponíveis. Impõe-se, pois, uma sensibilização para uma cultura de contratação pública responsável, ainda incipiente. O caminho para o crescimento inclusivo está traçado, cumpre agora fomentar uma melhor utilização dos contratos públicos, pelos adquirentes, para apoiar objetivos sociais.

Do ponto de vista da autonomia das pessoas com deficiência e no quadro do novo regime do maior acompanhado, sublinhamos a alteração da terminologia, com adoção de conceitos menos estigmatizantes, a adoção de um modelo flexível adaptado às circunstâncias específicas da pessoa - fatores que apelam ao recurso a este regime que confere proteção sem incapacitar.

O modelo adotado, com respeito pela capacidade de exercício de direitos pessoais e norteado pelo princípio da necessidade, promove a igualdade das pessoas com deficiência na relação com os outros. A experiência demonstrará a bondade da solução adotada.

Bibliografía

- ALSTON, P.: “What political leaders need to do to eradicate poverty”, The role of power, politics and participation in eradicating poverty in Europe, Helsínquia, setembro, 2019, <https://www.eapn.eu/the-role-of-power-politics-and-participation-in-eradicating-poverty-in-europe-eapn-seminar/>
- ÁLVAREZ, I.: “El reto del derecho antes los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, Diciembre, 2018, pp. 13-44.
- AMUNÁTEGUI, C.: Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad, Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, Resu Editorial, Madrid, 2019, pp. 13-47.
- CARVALHO, L. & BRANDÃO, J. (Coord.): Comentário ao Código Civil - Parte Geral, 1º Vol. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 294-343.
- COMISSÃO EUROPEIA: EUROPA 2020: Estratègia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, março, 2010, pp. 5-34.
- COMISSÃO EUROPEIA (Direção-Geral do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Inclusão): Um quadro europeu para coesão social e territorial, novembro, 2011, pp. 4-33.
- COMISSÃO EUROPEIA (Direção-Geral do Mercado Interno, da Indústria, do Empreendedorismo e das PME): Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a análise da aplicação prática do Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), COM/2017/0242 final, 2017, pp. 2-12.
- CONSELHO EUROPEU: Declaração do Conselho sobre o Ano Europeu de luta contra a pobreza e exclusão social - trabalhar juntos para lutar contra a pobreza em 2010 e mais além, Bruxelas, dezembro, 2010, pp. 1- 3.
- DEFOURNAY, J. & NYSENS, M.: “El enfoque EMES de empresa social desde una perspectiva comparada”, EMES Working Papers Series nº 13/01, EMES European Research Network, 2013, pp. 2-45.
- EUROSTAT: Living conditions in Europe, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, março, 2018, pp. 3-143.
- EUROPEAN ANTI POVERTY NETWORK: A Estratègia Europa 2020, Bruxelas, junho, 2011, pp. 4-6.

- EWALD HÖRSTER, H.: A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 315-345.
- GUICHARD, R.: “Alguns aspetos do instituto da interdição”, Interdição e Inabilitação, Centro de Estudos Judiciários, maio, 2015, pp. 39-124.
- INSTITUTO DOS MERCADOS PUBLICOS DO IMOBILIÁRIO E DA CONSTRUÇÃO: Contratação Pública em Portugal 2017, Direção Financeira, de Estudos e de Estratégia setembro, 2018, pp. 8-100.
- LOPES, N.: “O maior acompanhado – Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 77-109.
- MENDOZA, J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, diciembre, 2018, pp. 295-332.
- MENEZES, A.: “Da situação jurídica do maior acompanhado. Estudo de política legislativa relativo a um novo regime das denominadas incapacidades dos maiores”, *Revista de Direito Civil*, nº 3, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 473-554.
- MIRANDA, M.: Maiores acompanhados, primeiras notas depois da aprovação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, Gestlegal, Coimbra, setembro, 2018, pp. 37-76.
- MIRANDA: “Nota sobre certas alterações ao Código dos Contratos Públicos”, Boletim de Direito Público, Miranda & Associados, nº 2, 2017, pp. 1-17.
- MOTA, C., PINTO, A. & PINTO, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 228-244.
- PAZ, M.: “A capacidade jurídica na convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, Direitos das Pessoas com Deficiência, Centro de Estudos Judiciários, 2017, pp. 35-74.
- PINTO, A.: “Das incapacidades ao maior acompanhado – breve apresentação da Lei n.º 49/2018”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 25-38.
- PIRES, A.V.: “Código Civil: anotado”, 1º Vol., Coimbra Editora, Coimbra, fevereiro, 2011, pp. 143-161.
- PAIS, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 119-125.
- TEIXEIRA, M.: “O regime do acompanhamento de maior: alguns aspetos processuais”, O novo regime jurídico do maior acompanhado, Centro de Estudos Judiciários, fevereiro, 2019, pp. 41-60.