



O Estado perante a vulnerabilidade (State and vulnerability)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES, VOLUME 12 ISSUE 1 (2022), 86–107: VULNERABILIDAD Y CUIDADO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS – VULNERABILIDADE E CUIDADO: UMA ABORDAGEM DE DIREITOS HUMANOS

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1240](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL/0000-0000-0000-1240)

RECEIVED 11 JANUARY 2021, ACCEPTED 23 AUGUST 2021, FIRST-ONLINE PUBLISHED 30 NOVEMBER 2021, VERSION OF RECORD PUBLISHED 01 FEBRUARY 2022

ANABELA COSTA LEÃO* 

Resumo

Os sujeitos vulneráveis (indivíduos e grupos), dos requerentes de asilo aos membros de minorias culturais e sociais, portadores de deficiência, idosos e mulheres, têm simultaneamente necessidades comuns e específicas de reconhecimento e proteção. Neste texto discute-se a atitude do Estado, constitucional e de Direito, perante a vulnerabilidade de indivíduos e grupos no contexto de uma teoria da justiça que sustenta um Estado comprometido com os direitos humanos e fundamentais e com a dignidade da pessoa humana, por um lado, e “responsivo” perante a vulnerabilidade, por outro. Tal exige um entendimento complexo da igualdade, exigindo simultaneamente a adoção de normas de proteção e de políticas iguais e diferenciadas. Exige igualmente que, a par da discussão sobre as possibilidades de proteção, se abordem os limites a essa proteção, designadamente aqueles que resultam da proteção jusfundamental da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave

Vulnerabilidade; proteção estadual; igualdade e não-discriminação; direitos fundamentais

Abstract

Vulnerable subjects (individuals and groups), from asylum seekers to members of cultural and social minorities, the disabled, the elderly and women, have common but also specific needs for recognition and protection. This paper aims to discuss the constitutional State's attitude towards the vulnerability of individuals and groups in the context of a theory of justice that supports a State committed to human and fundamental rights and to human dignity, on the one hand, and “responsive” to vulnerability, on the

* Doutora em Direito, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Investigadora do CIJE/ Researcher CIJE. Rua dos Bragas, 223 I 4050-123 Porto (Portugal). Email: aleao@direito.up.pt

other. This requires a complex understanding of equality, encompassing both equal and different protection norms, policies, and practices. However, in addition to the discussion on the possibilities of protection, the limits to this protection must also be addressed, namely those resulting from the protection of autonomy and human dignity.

Key words

Vulnerability; State protection; equality and non-discrimination; fundamental rights

Table of contents

1. Discutindo o conceito de vulnerabilidade	89
2. Vulnerabilidade, Estado e justiça.....	90
3. A determinação do sujeito vulnerável	95
4. Possibilidades e limites dos deveres de proteção do Estado perante indivíduos e grupos vulneráveis.....	98
Referências	104
Jurisprudência	107

1. Discutindo o conceito de vulnerabilidade

A vulnerabilidade, conceito impreciso e mesmo paradoxal, associa-se à suscetibilidade de ser ferido e à exposição ao sofrimento, a choques, desastres ou perigos e ao risco¹. Está associada a um potencial de perda ou dano, resultando de diversas circunstâncias e características que afetam pessoas, comunidades ou lugares, nem sempre fáceis de identificar ou de medir (Cutter *et al.* 2003, Warner 2007). O conceito de vulnerabilidade é alvo de atenção e estudo em diversos domínios científicos, das ciências sociais à ética e bioética, identificando-se diversos usos do conceito e diferentes perspectivas teóricas e de análise crítica², bem como diversos impactos em termos de políticas públicas, *e.g.* em relação com o ambiente e o desenvolvimento (Warner 2007).³

Ilustrando a diversidade na reflexão atual sobre a vulnerabilidade, Estelle Ferrarese (2016, p. 149–150) identifica dois contextos de origem dessa reflexão: o americano e o europeu. Segundo a autora, no contexto americano a reflexão sobre a vulnerabilidade surgiu associada aos trabalhos sobre o corpo como suscetível de tortura, mutilação e morte, sobretudo no contexto do pós 11 de setembro (veja-se, *inter alia*, o trabalho de Judith Butler); na Europa, e particularmente em França, a reflexão sobre a vulnerabilidade surgiu sobretudo em relação com a precariedade e a exclusão, designadamente no trabalho sociológico de Robert Castel, que expôs a insegurança e a vulnerabilidade como *processos* mais do que como *estados* e, por conseguinte, enfatizou a possibilidade de intervenção nesses processos.

Algumas pessoas e grupos, como as mulheres, os idosos, as crianças, os migrantes, os refugiados, os portadores de incapacidade, as minorias sexuais ou mesmo os sem-abrigo, entre outros, são identificados como “sujeitos” e “grupos” vulneráveis, por contraposição a uma hipotética “não vulnerabilidade” (Leão 2018, p. 22).

Para Martha Fineman (2019, p. 357), cujo contributo é uma referência nos estudos da vulnerabilidade,⁴ na base da teoria da vulnerabilidade está a questão: *o que significa ser humano? A viragem ontológica* proposta por Fineman e pela sua teoria da vulnerabilidade assenta numa compreensão diferente da natureza humana: a condição humana é uma condição de vulnerabilidade, sendo neste sentido que fala em vulnerabilidade *universal* e na substituição do sujeito racional e autónomo do pensamento liberal pelo *sujeito vulnerável* (Fineman 2019, p. 342).

A teoria da vulnerabilidade de Fineman recupera o universal como uma alternativa ao “sujeito fragmentado” da nossa época pós-moderna intensamente identitária. É, neste sentido, uma abordagem pós-identitária e uma alternativa à interseccionalidade (Kohn 2014, p. 4,8) que acentua o que nos aproxima na nossa comum condição de humanos (a vulnerabilidade) e não o que nos distingue (*e.g.* género, etnia, idade), retomando a

¹ Remete-se aqui para o que se escreveu em Leão (2018, p. 22 ss.), para Cole (2016), que caracteriza a vulnerabilidade como “multivalente” e para Warner (2007, p. 14). Em especial, Warner (2007, p. 15) mostra que a abordagem da vulnerabilidade se distingue da abordagem da redução do risco porque se foca nas pessoas numa base continuada, e não apenas perante uma situação concreta, *e.g.* um desastre.

² Para uma resenha dos muitos usos do conceito de vulnerabilidade, Brown *et al.* (2017). Ainda, Cutter *et al.* (2003), Warner (2007) e Peroni e Timmer (2013).

³ Veja-se ainda o Relatório de 2014 do PNUD-Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano.

⁴ E com aplicações práticas a diversas problemáticas jurídicas, *vd.* Kohn (2014, pp. 3–4).

questão da articulação entre o universal e o particular. O reconhecimento da universalidade do humano não significa, em todo o caso, afirmação da homogeneidade que se sente ameaçada pela percepção das nossas diferentes experiências.⁵

Além da dimensão de sofrimento (particular e universal), a vulnerabilidade humana está também associada a dimensões positivas e criadoras, de abertura ao outro, crescimento, inovação, criatividade (Peroni e Timmer 2013, p. 1059; Cole 2016, p. 264 ss.). Na teoria social, a vulnerabilidade associa-se, não apenas à identificação dos fatores que tornam as pessoas mais expostas aos danos, mas igualmente à capacidade dos grupos e sociedades para dar resposta a esses danos, ou resiliência (Cutter *et al.* 2003, p. 243), convidando a um diálogo multidisciplinar que permita compreender a vulnerabilidade levando em conta a complexidade dos sistemas sociais nos quais ela é gerada (Warner 2007, p. 16). Para Fineman (2017, p. 253 ss.), a resposta crítica, e ainda incompleta, à vulnerabilidade encontra-se precisamente no conceito de *resiliência*.⁶

Não obstante o sucesso das perspectivas da vulnerabilidade, elas são também alvo de críticas de diversa natureza.⁷ Para alguns, está em causa a própria natureza política da vulnerabilidade e a pouca utilidade prescritiva ou normativa das teorias da vulnerabilidade para além da sua utilidade descritiva. Outros acentuam os riscos de absolutização, essencialização, estereotipação e paternalismo a que a sua aplicação conduz. Outros ainda alertam para a necessidade de repensar a articulação entre autonomia e vulnerabilidade. Estas críticas (entre outras) não atingem de forma idêntica todas as variantes da teoria da vulnerabilidade, estando nalguns casos mais associadas a alguma proposta em particular (por exemplo, à teoria de Fineman) ou a algum contexto de aplicação específico (por exemplo, a vulnerabilidade dos idosos).

Tendo presente a multiplicidade de perspectivas sobre a vulnerabilidade, neste artigo pretende-se sobretudo contribuir para a discussão sobre as implicações normativas e jurídico-políticas do conceito.

2. Vulnerabilidade, Estado e justiça

Segundo Ferrarese (2016, pp. 150–151), o recurso à ideia de vulnerabilidade supõe uma avaliação moral, um horizonte de obrigações, normatividades e soluções e discursos de natureza política.

Dada a tensão entre o mundo do *natural*, ao qual pertencem o corpo e as suas fragilidades, e o mundo do *político*,⁸ é necessário saber se a vulnerabilidade releva apenas para a ética, ou também para a política. A construção da vulnerabilidade como categoria político-jurídica pode revelar-se problemática, uma vez que supõe uma distinção entre o mundo do político/social/jurídico e o mundo do natural, ao qual pertence a vulnerabilidade – como escreve Ferrarese (2016, p. 156), o corpo, as necessidades biológicas, são vistos como uma fronteira externa da política e mesmo como a *impossibilidade* da igualdade política. O papel das teorias da vulnerabilidade, para esta

⁵ *Vd.* as considerações de Han (2018), *maxime* a pp. 9 ss. e 19 ss.

⁶ Veja-se a propósito o que se escreveu em Leão (2018, p. 23 ss.) e, em especial, PNUD 2014.

⁷ Sobres estas, vejam-se, entre outros, Peroni e Timmer (2013), Kohn (2014), Mackenzie (2014), Ferrarese (2016), Cole (2016), Neto (2018).

⁸ Sobre a questão, Ferrarese (2016).

autora (2016, p. 154), é precisamente superar esta separação entre o político e social e a realidade da vulnerabilidade, mostrando como se coproduzem reciprocamente.⁹

A par da sua dimensão descritiva, a teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman tem implicações prescritivas ou normativas: se ser humano é ser universal e constantemente vulnerável, pergunta Fineman (2019, p. 358), *de que maneira deve tal permear e moldar a estrutura e funcionamento da sociedade e suas instituições?* A vulnerabilidade e a dependência devem integrar a definição da responsabilidade do Estado e de uma qualquer teoria da justiça social, que deve ocupar-se da questão de saber *quem*, e *como*, deve suportar ou partilhar o encargo da dependência em que todos, mais tarde ou mais cedo, nos encontraremos (Fineman 2010, p. 262 ss. e 2019). Fineman alude a dois tipos de dependência, a *inevitável* e a *derivativa*. A primeira descreve o facto de, como seres corpóreos, carecermos de cuidados; a segunda refere-se aos que prestam esses cuidados e que estão, também eles, dependentes de recursos para conseguir cuidar, sendo que esta condição de dependência não é inevitável nem universal, estando em regra associada a representações sobre os papéis sociais (Fineman 2019, p. 360 ss.).

Como nota Gracia Ibáñez (2018, p. 86), “o cuidado coloca muitas questões éticas e sociais, mas também políticas e jurídicas”, sendo a gestão do cuidado e da partilha de responsabilidades entre Estado, sociedade e família uma questão essencial nas sociedades democráticas atuais, designadamente tendo em conta o envelhecimento da população. O autor (2018, p. 72 ss.) propõe mesmo, partindo de uma perspectiva de direitos humanos, um *direito ao cuidado*, associado a deveres negativos e positivos dos Estados, interna e internacionalmente reconhecidos.¹⁰

A perspectiva da vulnerabilidade de Martha Fineman é uma alternativa à conceção abstrata do sujeito autónomo, racional, independente das teorias liberais¹¹, que mais plenamente se realiza enquanto tal quanto menor for a intervenção do Estado e, por conseguinte, justifica um Estado passivo, abstencionista, que se desinteressa da situação das pessoas e da garantia de iguais oportunidades de acesso a bens básicos (Fineman 2010, p. 260 ss.). Nas palavras de Mackenzie (2018, p. 3), o conceito de autonomia aqui pressuposto é, mais do que um conceito liberal, um conceito libertário. Assim entendida, a autonomia é, para Fineman, um *mito*, e o sujeito autónomo – que é também o sujeito *jurídico* autónomo e independente subjacente ao pensamento jurídico moderno (Fineman 2020, p. 53) – deve ser substituído pelo *sujeito vulnerável*, perante o qual se exige, não um Estado abstencionista, mas um Estado *responsivo*.

A conceção de uma vulnerabilidade inerente à condição humana tem implicações no plano da justiça política e distributiva, comprometendo os governos com a necessidade de responder de forma afirmativa a essa vulnerabilidade, criando condições para que todos tenham igual acesso às *instituições sociais* que distribuem recursos (Kohn 2014, p. 3) ou, de outra forma, criar condições para a resiliência. A resiliência, escreve Fineman

⁹ Ou, noutra formulação, “o político implica a suspensão da vulnerabilidade” por três razões, a saber: a vulnerabilidade é atribuída ao corpo, como matéria bruta e necessitada, representando a ausência de tudo, de poder (o corpo não tem poder), é um obstáculo à liberdade e impede a igualdade (Ferrarese 2016, p. 156). O papel das teorias da vulnerabilidade é, para a autora, refutar estes pressupostos.

¹⁰ Para a questão do direito e dever de cuidado, veja-se Gracia Ibáñez (2018).

¹¹ Sobre o contributo de Martha Nussbaum para a refutação do sujeito abstrato e autónomo da moderna teoria liberal, *vd.* Leão (2018, p. 25 ss.)

(2020, p. 57), não é dada, mas um produto de estruturas e relações sociais, e reside em recursos de diferente tipo (*e.g.* materiais, culturais, existenciais) que permitem às pessoas responder à sua vulnerabilidade e dependência – em suma, responder à vida, e não apenas sobreviver (Fineman 2020, p. 58).¹² As instituições sociais, aí incluída a família, providenciam às pessoas os recursos para a resiliência e têm um papel central na organização e reprodução social, pelo que a sua dimensão pública tem de ser reconhecida, com a consequente responsabilidade perante elas (Fineman 2020, p. 59). Ora as instituições – o exemplo da família demonstra-o – são juridicamente reguladas. Ao regular as instituições e as relações entre estas, o Estado e o indivíduo, o Direito estabelece a organização da sociedade, aloca poderes e privilégios e determina as condições do bem-estar individual e coletivo, escreve Fineman (2020, p. 60). Ou seja, o Direito e as políticas públicas, juridicamente conformadas, são instrumentos de construção de um Estado responsivo e de um sentido compreensivo de justiça social (Fineman 2019, pp. 368–369). Como escreve a autora (2020, p. 53):

Law is both inherently a social endeavor and a primary instrument of accomplishing social justice. Laws establish and regulate duties, obligations, rights, and privileges applicable to all members of a society, as well as define relationships with each other and with the state and its institutions. Politicians and philosophers addressing the role and function of law can and do differ when it comes to theories of governance, but there should be a shared recognition of the significance of our understanding of what it means to be human. Laws are drawn with a created legal subject in mind – an imagined ordinary being who is the abstract subject of law. Our ideas about what it means to be human and how the state or collective should be constructed influence how we shape legal relationships and social institutions, as well as inform what we consider to be justice within those arrangements and institutions. This dialectical relationship between the empirical and the ideal is a starting point to apprehend the law not as mere reflection of society but as constitutive of the material forces which guide its own reproduction.

Para Fineman, a perspetiva da vulnerabilidade obriga a repensar a distinção público/privado e confronta, assim, tanto a conceção liberal não intervencionista de Estado, como a conceção neoliberal de sujeito jurídico, sendo esta reconfiguração da subjetividade jurídica e da responsabilidade estadual um importante projeto de justiça social, pelo que um Estado não responsivo à condição universal e constante de vulnerabilidade constitui uma ofensa social (Fineman 2020, p. 54). A teoria da vulnerabilidade, escreve, tem relevantes implicações políticas e jurídicas,¹³ uma vez que somos dependentes de instituições e relações sociais ao longo da vida (Fineman 2020, p. 56), o que obriga a pensar a responsabilidade não apenas em termos individuais, mas também sociais e intergeracionais.¹⁴

A manutenção de uma sociedade justa exige que as políticas e o Direito construam e sustentem um Estado adequadamente responsivo, ou seja, assente na vulnerabilidade e atento à dependências e necessidades que as pessoas encontram ao longo da vida

¹² Sobre a resiliência, *vd.* ainda Fineman (2017, p. 246 ss.) e Warner (2007).

¹³ E um impacto generalizado em todas as áreas do Direito, e não apenas nos direitos humanos (Fineman 2020, p. 55).

¹⁴ Para a autora, na definição da justiça as instituições sociais devem levar em conta interesses e necessidades que transcendem os indivíduos, os grupos e as suas necessidades concretas, dirigindo-se ao bem-estar e desenvolvimento gerais, e igualmente adotar uma perspetiva intergeracional (Fineman 2019, pp. 359–360).

(Fineman 2020, p.62). Em alternativa às tradicionais teorias do contrato social, assentes no consentimento de contraentes autónomos e independentes, a sua teoria da vulnerabilidade funda a responsabilidade estadual nas necessidades humanas resultantes da vulnerabilidade e da dependência universais (Fineman 2020, p. 61).¹⁵

Apesar de a vulnerabilidade não se circunscrever à desigualdade, torna-se politicamente relevante enquanto reivindicação de combate à desigualdade que gera.¹⁶ Na perspetiva de Fineman, a igualdade tem de ser pensada para lá da proibição de discriminação, ainda que esta continue a ser relevante em alguns domínios¹⁷ (Fineman 2020, p. 52). Uma conceção meramente formal de igualdade, assente no tratamento igual e na proibição de discriminação, não é suficiente para dar conta da problemática da vulnerabilidade, exigindo a passagem a uma igualdade substancial.

A teoria da vulnerabilidade de Fineman dirige-se mais amplamente às instituições, suas funções e relações que nelas se desenvolvem (Fineman 2019, p. 342). Trata-se de procurar perceber de que forma o poder, os privilégios e as identidades são construídos e perpetuados pelas instituições sociais, e de que forma o Estado responsivo lhes pode – e deve – dar resposta (Fineman 2008). Por isso, escreve que a “abordagem da vulnerabilidade (...) não é um termo substitutivo de fragilidade ou desvantagem, nem é apenas uma nova forma de indicar uma discriminação não permitida” (Fineman 2019, p. 342).

Peroni e Timmer salientam que o conceito de vulnerabilidade se apresenta como ferramenta crítica, ou “instrumento heurístico” (Fineman) que nos permite olhar para as instituições e práticas sociais e detetar as desigualdades e as vulnerabilidades existentes, e como são criadas, mantidas e reforçadas pelas instituições (Peroni e Timmer 2013, p. 1059 ss.).

Já Cole (2016, p. 268) aponta uma limitação à teoria de Fineman, que é a de não densificar as soluções que as instituições devem efetivamente adotar para melhor responder à vulnerabilidade, nem levar em consideração de que forma as instituições criam e perpetuam a vulnerabilidade. Outra crítica possível é a de que a proposta de Fineman não permite decidir como alocar recursos escassos entre grupos vulneráveis, tornando problemático o estabelecimento de prioridades ao afirmar a universalidade da vulnerabilidade (Kohn 2014, p. 4).

Seguindo Nina Kohn, a teoria da vulnerabilidade de Martha Fineman fornece, todavia, suporte teórico para um alargamento da intervenção estadual e para a expansão da adoção de políticas públicas sociais de apoio às pessoas em situação de vulnerabilidade, ao mesmo tempo que apresenta a categoria universal da vulnerabilidade como

¹⁵ Com efeito, escreve Fineman (2020, p. 52), uma abordagem assente na igualdade como não discriminação revela-se desadequada, ou mesmo injusta, quando aplicada a situações de inevitável ou inescapável desigualdade associadas a dimensões de poder e autoridade, como por exemplo as relações entre pais e filhos, tipicamente relegadas para a esfera privada escapando à intervenção do Estado.

¹⁶ Remetemos aqui para Cole (2016) que discute a relação e a necessidade de diferenciação entre as categorias da vulnerabilidade, da vitimização e da opressão. Como escreve a autora (2016, p. 273), a desigualdade, a assimetria de poder, é o ponto de partida para que os mais vulneráveis se constituam como sujeito político. A vulnerabilidade tem de ser reformulada como uma queixa contra a injustiça, escreve, sem ambiguidade ou ambivalência (a que a conceção universalista pode conduzir, se bem se entendeu o pensamento da autora).

¹⁷ Como por exemplo, escreve, “uma pessoa, um voto” ou “a trabalho igual, salário igual”.

alternativa às identidades de grupo como eixo de políticas públicas (Kohn 2014, p. 4). Para Kohn (2014, p. 9 ss.), o alargamento das políticas sociais de apoio à vulnerabilidade propiciado pela abordagem de Fineman pode ocorrer de, pelo menos, três formas: ao estabelecer a vulnerabilidade como condição humana universal, a teoria salienta a importância do Estado e da sua assunção de responsabilidade na criação e apoio a sistemas que promovam a resiliência ao longo da vida e das populações; ao separar a vulnerabilidade e a dependência da noção de grupos vulneráveis, acentuando a sua universalidade, contribui para redefinir a vulnerabilidade e reduzir o estigma que lhe está associado; ao reconhecer a universalidade da vulnerabilidade, favorece abordagens compreensivas da desigualdade e da vulnerabilidade, não limitadas a certos grupos, e promove uma capacidade de mudança de atitude global.

Um exemplo do impacto prático de uma abordagem universalista como a proposta por Fineman seria enfatizar políticas públicas neutras e universais, como políticas públicas de cuidado e medidas destinadas a apoiar o cuidado e os cuidadores de cariz universal, em virtude da situação de necessidade de cuidados com que previsivelmente todos se depararão mais tarde ou mais cedo, e não dirigidas especificamente a “crianças”, a “adultos idosos” ou a “portadores de deficiência”.¹⁸

Discutindo os conceitos de igualdade e autonomia e a relação entre ambos, Fineman (2010, p. 260 ss.) mostra como não só a igualdade formal como a autonomia têm limitações, se concebidas ignorando os contextos e as distribuições desiguais de recursos e de poder. Rejeitando a autonomia como conceito abstrato, ou negativo, a sua obra aponta para um sentido positivo de autonomia como pressupondo a intervenção do Estado para a criação das condições de exercício dessa autonomia. Com efeito, um Estado responsivo perante a vulnerabilidade tem de criar condições materiais efetivas que permitam às pessoas criar opções e fazer escolhas, ou seja, criar condições para o exercício da autonomia (Fineman 2010, p. 260 ss).

Catriona Mackenzie propõe uma abordagem alternativa à vulnerabilidade que considere adequadamente a autonomia, tendo por base a ética relacional feminista, que rejeita o atomismo social e sublinha a importância dos contextos e das relações interpessoais e sociais, bem como a forma como estas permitem ou constroem o desenvolvimento da autonomia (Mackenzie 2018, p. 4). A autora alerta para a necessidade de complementar a abordagem ontológica da vulnerabilidade com uma abordagem sensível aos contextos e à forma como as estruturas políticas e sociais produzem a vulnerabilidade, o que leva a uma taxonomia das vulnerabilidades (Mackenzie 2014). A autonomia é vista simultaneamente como *capacidade* para prosseguir uma vida autodeterminada e como o *status* de ser reconhecido como agente autónomo por outros, ambas dimensões necessárias para levar uma vida com sentido nas modernas sociedades democráticas liberais (Mackenzie 2018, p. 4). Esta autonomia deve ser entendida em sentido multidimensional, envolvendo três dimensões distintas e interdependentes: autodeterminação (*self-determination*), autogoverno (*self-government*) e autoautorização (*self-authorization*). Para a autora, a autonomia é um conceito gradativo, podendo alguém ser mais ou menos autónomo numa das dimensões e não nas demais, e podendo igualmente a autonomia variar ao longo da vida (Mackenzie 2018, p. 4). Em especial, a dimensão de autodeterminação remete, não para

¹⁸ Discutindo políticas públicas neutras em função da idade, *vd.* Fineman citada em Kohn (2014, p. 10).

uma perspectiva de liberdade negativa, mas para as condições estruturais da autonomia individual, ou seja, liberdade e oportunidade, que a autora entende como liberdade face à dominação e a formas arbitrárias de interferência, por um lado, e como acesso a *oportunidades significativas* para levar uma vida boa, remetendo para as teorias das capacidades, por outro (Mackenzie 2018, p. 5). Para Mackenzie (2014, p. 33), também a promoção da autonomia é uma dimensão de justiça social.

3. A determinação do sujeito vulnerável

A determinação do *sujeito vulnerável* afigura-se complexa. Sem prejuízo de ser uma condição humana, no sentido visto, a vulnerabilidade surge frequentemente associada a *grupos vulneráveis*, ou seja, grupos de pessoas que se encontram numa situação de vulnerabilidade específica por *serem quem são* ou *se encontrarem numa determinada situação* (Arlettaz e Palacios 2015, p. xvi).

Catriona Mackenzie (2014, p. 38) propõe que a vulnerabilidade seja entendida simultaneamente como condição ontológica resultante da nossa humanidade e como contextualizada, no sentido de realidade referida, produzida e mesmo exacerbada pelos contextos. Esta perspectiva (que diríamos mais *política*) permite, para a autora, atender ao papel desempenhado pelas instituições políticas e sociais na produção de alguns tipos de vulnerabilidade, sendo, portanto, necessário distinguir fontes e estados de vulnerabilidade. Mackenzie (2014, p. 38–39) distingue as *vulnerabilidades intrínsecas* das *vulnerabilidades situacionais*. As *vulnerabilidades intrínsecas* são inerentes à condição humana, constantes ou variáveis, em relação às quais “o que podemos esperar de uma sociedade justa é que as suas estruturas sociais e políticas sejam responsivas e procurem mitigar os efeitos das vulnerabilidades inerentes, procurando que não onerem desproporcionalmente os desfavorecidos” (Mackenzie 2014, p. 39). As *vulnerabilidades situacionais* são contextuais e são causadas ou exacerbadas por fatores económicos, sociais, políticos ou ambientais, podendo ser de curta duração, intermitentes ou duradouras, aqui se incluindo as vulnerabilidades *patogénicas*. As duas modalidades de vulnerabilidade podem surgir relacionadas.

Assim, a afirmação da universalidade da vulnerabilidade não exclui a constatação da existência de fatores e circunstâncias materiais ou simbólicas e culturais que geram *vulnerabilidade acrescida* (Magallón Portolés 2015, p. 190). A consideração da universal vulnerabilidade não deve excluir a consideração de específicas situações de vulnerabilidade. A tensão entre o universal e o particular regressa, desta vez como tensão entre “vulnerabilidade constitutiva” e “vulnerabilidade desigualmente partilhada” (Ferrarese 2016, p. 153).

O paradoxo da natureza simultaneamente universal e particular da vulnerabilidade é, de resto, reconhecido por Fineman, que afirma que a vulnerabilidade é simultaneamente universal, constante e complexa, mas também particular, o que resulta de nos posicionarmos diferentemente em termos individuais, experienciando a vulnerabilidade de forma diferente, em termos qualitativos e quantitativos, consoante os recursos de que dispomos, pelo que se impõe a reflexão sobre as instituições sociais (Fineman 2010, pp. 268–269).

Com base na definição proposta por Gracia Ibáñez, que aqui retomamos, a *especial vulnerabilidade* é a vulnerabilidade associada a “pessoas, lugares ou comunidades que (a)

experimentam desvantagens sociais; (b) adversidades específicas para controlar as forças que modelam o seu próprio destino ou para contrariar os seus efeitos sobre o bem-estar e, (c) incapacidade para aproveitar as oportunidades disponíveis nos diferentes âmbitos socioeconómicos para melhorar a sua situação de bem-estar ou impedir a sua deterioração” (Gracia Ibáñez 2015, p. 129).

A proteção dos direitos humanos e fundamentais tem sido sensível a essa “especificação” das vulnerabilidades, assistindo-se ao desenvolvimento de diversos instrumentos jurídicos destinados a proteger especificamente os membros de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, portadores de deficiência, refugiados, membros de minorias étnicas.¹⁹

Os estudos da vulnerabilidade mostram que esta vulnerabilidade especial é, em maior ou menor grau, *socialmente construída* (Magallón Portolés 2015, p. 190).²⁰ Como escreve Ferrarese, nas sociedades atuais o Direito designa categorias de pessoas vulneráveis, identificando-as pela sua debilidade física, dificuldade em consentir ou falta ou diminuição de autonomia, sendo que as ciências sociais contribuem para a identificação destes grupos e para a produção de um discurso moral de obrigação para com estas pessoas; por seu turno, as políticas públicas, ao identificarem grupos e medidas de ação, contribuem para a produção das categorias de vulnerabilidade (Ferrarese 2016, p. 151).

Sendo entendimento comum que a igualdade impõe um tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, na medida da diferença, é fundamental determinar – sob pena de ser “fórmula vazia”²¹ – que fatores são, ou devem ser, política e juridicamente atendidos na determinação da vulnerabilidade relevante (Arlettaz e Palacios 2015, pp. xiii–xiv), e em que medida deverão sê-lo,²² admitindo-se que as respostas variem ao longo do tempo, ainda que num mesmo referente jurídico-cultural.²³ Como se viu *supra*, uma das críticas à teoria de Fineman está ainda relacionada com esta questão: a teoria da vulnerabilidade universal não dá nenhuma indicação sobre quem priorizar em contexto de recursos escassos, o que limita o seu potencial prescritivo (Kohn 2014, p. 13).

A vantagem de uma abordagem universal e não assente nos grupos pode ser a de ultrapassar algumas das limitações que todas as teorias dos grupos apresentam, desde logo o problema da delimitação do grupo e o risco correspondente de essencialização. Estes riscos podem ser amplamente ilustrados com a literatura sobre a proteção dos

¹⁹ Como escreve Gracia Ibáñez (2015, p. 139 ss), para aí se remetendo. *Inter alia*, vejam-se a Convenção sobre os Direitos da Criança (Assembleia Geral das Nações Unidas, 1989), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Assembleia Geral das Nações Unidas, 2006) e a discussão sobre a possibilidade de criação de uma convenção de cariz universal de proteção da pessoa idosa. *Vd.* ainda Peroni e Timmer (2013).

²⁰ Remete-se ainda para o que escreveu em Leão (2018).

²¹ Retome-se aqui H.L.A. Hart (1986, p. 174): “Há, portanto, uma certa complexidade na estrutura da ideia de justiça. Podemos dizer que consiste em duas partes: um aspeto uniforme ou constante, resumido no preceito ‘tratar da mesma maneira casos semelhantes’, e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes”. E ainda “[t]ratar da mesma maneira os casos semelhantes’ permanecerá uma fórmula vazia. Para a preencher, devemos saber quando, para as finalidades em vista, hão de ser considerados semelhantes os casos e que diferenças são relevantes”.

²² Remete-se aqui para o que se escreveu em Leão (2018, p. 34 ss.)

²³ Veja-se, por exemplo, a evolução da identificação das chamadas “cláusulas suspeitas” de discriminação n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, atualmente em vigor.

grupos culturais.²⁴ Mas a abordagem universal pode, paradoxalmente, contribuir para a reprodução desses mesmos riscos ou para a criação de novas identidades, baseadas agora na vulnerabilidade, o que só poderia ser evitado se houvesse medidas específicas para cada pessoa (Kohn 2014, p. 13).²⁵ Por outro lado, e como já se referiu, pode não captar as especificidades das situações de vulnerabilidade nos diferentes contextos e nos diferentes grupos de pessoas.

O caso *M.S.S. v Belgium and Greece*, decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) em 2011, permite ilustrar algumas dificuldades na identificação da vulnerabilidade relevante. Neste caso, os requerentes de asilo são considerados um grupo vulnerável, conceito acolhido pelo Tribunal de Estrasburgo na sua jurisprudência desde o caso *Chapman v UK*, de 2001.²⁶ Deverão ser como tal considerados *per se*? O que determina a sua identificação como grupo vulnerável? No seu voto de vencido, o Juiz Andras Sajó escreve:

According to the Court, the applicant, as an asylum-seeker, is a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection (see paragraph 251 of the judgment). To my mind, although many asylum-seekers are vulnerable persons, they cannot be unconditionally considered as a particularly vulnerable group, in the sense in which the jurisprudence of the Court uses the term (as in the case of persons with mental disabilities, for example), where all members of the group, due to their adverse social categorisation, deserve special protection. In the context of the Dublin system, ‘particularly vulnerable person or people’ refers to specific categories within refugees, namely to victims of torture and unaccompanied children only, and their treatment is unrelated to their classification.

The concept of a vulnerable group has a specific meaning in the jurisprudence of the Court. True, if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society who have suffered considerable discrimination in the past, such as people with mental disabilities, then the State’s margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (cf. also the examples of those subjected to discrimination on the ground of their gender: see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v the United Kingdom*, 28 May 1985, § 78, Series A no. 94; race: see *D.H. and Others v the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 182, ECHR 2007-IV; or sexual orientation: see *E.B. v France* [GC], no. 43546/02, § 94, 22 January 2008). The reason for this approach, which questions certain classifications *per se*, is that such groups were historically subjected to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs (compare *Shtukaturov v Russia*, no. 44009/05, § 95, ECHR 2008, and *Alajos Kiss v Hungary*, no. 38832/06, § 42, 20 May 2010). Where a group is vulnerable, special consideration should be given to their needs, as in the case of the Roma, who have become a disadvantaged and vulnerable group as a result of their history (see *Oršuš and Others v Croatia* [GC], no. 15766/03, §§ 147-48, ECHR 2010).

Asylum-seekers differ to some extent from the above-identified ‘particularly vulnerable groups’. They are not a group historically subject to prejudice with lasting

²⁴ *Vd. inter alia* Leão (2013), e bibliografia aí referida.

²⁵ Para Kohn (2014, p. 11 ss) a abordagem de Fineman à proteção da vulnerabilidade de pessoas idosas é, a final, paternalista e “group targeted”.

²⁶ Neste caso, o TEDH considera os Roma um grupo vulnerável. Sobre a abordagem do TEDH ao conceito de vulnerabilidade, *vd.*, por todos, Peroni e Timmer (2013).

consequences, resulting in their social exclusion. In fact, they are not socially classified, and consequently treated, as a group. For the reasons identified by the Court, it is possible that some or many asylum-seekers are vulnerable (...), but this does not amount to a rebuttable presumption with regard to the members of the 'class'. Asylum-seekers are far from being homogeneous, if such a group exists at all.

A diversidade de condições concretas de vulnerabilidade evidencia os riscos de uma abordagem coletiva. Exemplificando, os idosos ou os portadores de deficiência têm realidades e necessidades diferentes e, por conseguinte, pretensões diferentes, o que exige uma abordagem diferenciada. Nalguns casos a vulnerabilidade pode resultar de uma situação objetiva – por exemplo, a idade – noutros, de um contexto. Nalguns casos a vulnerabilidade resulta de escolhas – por exemplo, a opção de imigrar²⁷ – noutro, de circunstâncias – por exemplo, a cor da pele. Uma mesma característica pode significar vulnerabilidade num contexto, e noutro contexto já não. As vulnerabilidades apresentam-se ainda como múltiplas ou mesmo cruzadas.²⁸

Como escreve Luísa Neto (2018, p. 160–161),

os graus de vulnerabilidade variam de pessoa para pessoa, dependendo das características individuais que as mesmas apresentam e dos riscos com que elas são confrontadas em cada momento e contexto em que as suas vidas se desenvolvem. Ora, é esse precisamente o desafio que se coloca ao direito (...) já que a resposta jurídica à vulnerabilidade deve ser uma resposta adequada à particularidade do caso concreto, refletindo as especificidades que ele apresenta em cada situação. Chama-se, aqui, à colação o respeito pelo princípio de proporcionalidade que deve nortear a intervenção legislativa, e que evitará cenários indesejáveis em que a pessoa vulnerável seja subprotegida ou sobreprotegida.

Assim sendo, e como escrevemos já, uma abordagem assente nas circunstâncias e fatores que determinam a vulnerabilidade e nas concretas pretensões ou ameaças/riscos associadas a essas circunstâncias, mais do que na identificação de grupos *per se* vulneráveis, parece preferível, desde logo do ponto de vista do princípio da proporcionalidade (Leão 2018, p. 29).²⁹ Kohn (2014, p. 24 ss.) alude às potencialidades de uma abordagem sensível ao tipo de vulnerabilidade em causa e aos contextos e fatores que lhe estão associados, ultrapassando aí a teoria de Fineman, sob pena de os critérios baseados na vulnerabilidade (por exemplo, usar a idade como indicador forte de vulnerabilidade) se revelarem, afinal, critérios de identidade (Kohn 2014, p. 27).

4. Possibilidades e limites dos deveres de proteção do Estado perante indivíduos e grupos vulneráveis

Quando uma constituição reconhece a vulnerabilidade ou uma categoria de pessoas como vulnerável e atribui ao Estado deveres de proteção, está, parece-nos, a estabelecer uma ponte entre a realidade da *vulnerabilidade* e a *política*, afirmando a vulnerabilidade como uma questão de justiça na comunidade política. A noção de “constituição” aqui pressuposta é, pois, a de norma fundadora que consagra as opções fundamentais de organização da comunidade política e, por conseguinte, princípios de justiça

²⁷ Ainda que a natureza voluntária desta *opção* seja discutível e varie, naturalmente, em função dos contextos, questão que não pode discutir-se aqui.

²⁸ Remete-se aqui para o que se escreveu em Leão (2018, p. 27 ss.)

²⁹ Neste sentido parecem pronunciar-se Peroni e Timmer (2013, p. 1073).

comummente partilhados que, em Estado constitucional e de Direito, incorporam necessária referência aos direitos fundamentais e à dignidade humana.

Tomando como exemplo a Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante, CRP), a par de uma proteção genérica das situações de vulnerabilidade pela via de princípios gerais como o da dignidade da pessoa humana (veja-se o artigo 1.º da CRP) ou o da igualdade (veja-se o artigo 13.º da CRP), este reconhecimento tem especificamente lugar no catálogo de direitos fundamentais, que corresponde à Parte I do texto constitucional. Assim, a Constituição portuguesa determina a proteção acrescida de pessoas pertencentes a determinados grupos no plano dos direitos fundamentais – designadamente, infância (artigo 69.º), juventude (artigo 70.º), portadores de deficiência (artigo 71.º), terceira idade (artigo 72.º) ou mulheres trabalhadoras grávidas (alínea c) do n.º 2 do artigo 59.º).

Estas normas surgem na CRP como normas de direitos fundamentais, no capítulo constitucionalmente dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais,³⁰ associados a uma forte dimensão de intervenção estadual positiva na sua efetivação. Ao identificar estes grupos, parece-nos que se corrobora uma vez mais a afirmação de que a “imagem de pessoa” que resulta da Constituição não é a de um ser abstrato e descontextualizado, mas a de uma pessoa concreta, nas concretas circunstâncias da sua existência (Miranda 2012, p. 223, Leão 2013, p. 336 ss). Na Constituição portuguesa, a democracia económica, social e cultural consagrada no artigo 2.º assenta num conceito material e estrutural de igualdade, com múltiplos corolários e reflexos constitucionais, que legitima a consideração de dimensões estruturais de exclusão.³¹

A proteção destes direitos fundamentais implica não apenas deveres de abstenção, mas também de proteção e efetivação, sendo que a proteção e promoção de todos os direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais – depende, em maior ou menor grau, da edição de legislação adequada, da prossecução de políticas públicas e da afetação dos recursos necessários. Qualquer política pública impõe a questão de determinar se é *constitucionalmente enquadrável* ou obedece às *determinações constitucionais*, seja porque a Constituição impõe a sua prossecução (função de “*alavanca*”), seja porque a Constituição a bloqueia, total ou parcialmente, estabelecendo limites a observar no seu desenho e execução (Sampaio 2013, p. 121). Quer isto dizer que dos direitos constitucionalmente garantidos podem resultar não apenas deveres de proteção como limites à concretização e implementação das referidas políticas, diretamente resultantes da constituição ou da lei, ainda que nos limites do texto constitucional. Por sua vez, as medidas adotadas

³⁰ A CRP dedica a Parte I aos direitos fundamentais (artigos 12.º ss.), distinguindo entre direitos, liberdades e garantias (Capítulo I – artigos 24.º a 57.º) e direitos económicos, sociais e culturais, ou direitos sociais *lato sensu* (artigos 58.º a 79.º). Esta dicotomia, progressivamente relativizada pela doutrina e pela jurisprudência, e de alguma forma também pela Constituição no seu artigo 17.º, assenta em critérios como o da maior densidade constitucional das normas consagradoras dos direitos liberdades e garantias, que postulariam do Estado um atitude negativa de típica não-intervenção, ao passo que as normas de direitos económicos, sociais e culturais seriam tipicamente menos densas, abertas e dependentes da concretização dos poderes públicos, *maxime* do legislador ordinário e, por conseguinte, postulariam do Estado um atitude positiva de típica efetivação, com implicações ao nível do regime constitucional aplicável, mais denso no caso dos primeiros. Sobre o alcance desta divisão, e sua relativização, *vd.* por todos Novais (2017).

³¹ Sobre o significado da democracia económica, social e cultural na CRP, *vd.* Miranda (2010, p. 112), e Canotilho e Moreira (2007, p. 209 ss.)

podem revelar-se mais ou menos invasivas do ponto de vista das liberdades individuais.³²

Assumindo que a vulnerabilidade gera obrigações de cuidado e proteção para a sociedade em geral e para o Estado em particular, resta determinar de que obrigações se trata. Neste trabalho, centramo-nos sobretudo nas obrigações estaduais, sem que isso signifique descurar o papel da sociedade na resposta e proteção da vulnerabilidade nem as necessárias relações de articulação entre proteção da sociedade e do Estado. Veja-se, a propósito, que a Constituição portuguesa, além de consagrar no seu artigo 1.º o objetivo da construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, alude à colaboração entre Estado e sociedade na proteção da infância (n.º 1 do artigo 69.º), mas também da juventude (n.º 3 do artigo 70.º) ou dos cidadãos portadores de deficiência (n.ºs 2 e 3 do artigo 71.º).

É aceite que dos direitos fundamentais em geral resultam, para os Estados, obrigações negativas e positivas, gerando deveres de respeito e proteção e, conseqüentemente, proibições de *proteção insuficiente* ou *défice de proteção*. A jurisprudência do TEDH tem assinalado precisamente a existência de deveres positivos dos Estados perante grupos vulneráveis, calibrados em função da situação de vulnerabilidade ou de debilidades específicas, adotando um entendimento substantivo da igualdade (Peroni e Timmer 2013, p. 1076). Também na jurisprudência de Estrasburgo se verifica que, se a vulnerabilidade surge frequentemente associada à discriminação, no sentido em que as características que determinam a vulnerabilidade podem estar na base de discriminações injustificadas, não se basta com proibições de discriminação, exigindo uma diferenciação que se traduz em medidas de proteção específica e acrescida (Peroni e Timmer 2013, p. 1074 ss.). Não obstante, como sabemos, o TEDH não estabelece um conceito de grupo vulnerável, adotando uma abordagem mais sensível às circunstâncias.³³

O Tribunal de Estrasburgo faz ainda relevar a vulnerabilidade para encurtar a margem de apreciação reconhecida aos Estados na aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e submeter as medidas estaduais a um escrutínio mais apertado (Peroni e Timmer 2013, p. 1074 ss.). Em *Horváth e Kiss v Hungria* (2013), um caso relativo à segregação escolar de crianças Roma,³⁴ o TEDH retomou a sua formulação no caso *Alajos Kiss v Hungria* (2010) para afirmar (parágrafo 128):

[I]f a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State’s margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (...). [T]he treatment as a single class of those with intellectual or mental disabilities is a questionable classification, and the curtailment of their rights must be subject to strict scrutiny. (paragraphs 42 and 44).”

Como se viu *supra*, a identificação de uma condição universal de vulnerabilidade (Fineman) favorece ou mesmo impõe a adoção de medidas de cariz universal destinadas a configurar as instituições num sentido responsivo à vulnerabilidade em vez de medidas destinadas a grupos específicos – por exemplo, o reconhecimento alargado do

³² Sobre a relação entre políticas públicas e direitos fundamentais, *vd.* Neto (2009).

³³ Sobre a questão, *vd.* Peroni e Timmer (2013) e, mais recentemente, Baumgärtel (2020).

³⁴ Para um comentário, *vd.* Timmer (2013).

estatuto de cuidador, independentemente da idade ou situação de deficiência daquele que é cuidado³⁵ – bem como medidas destinadas a tornar as instituições mais responsivas à vulnerabilidade.

A par de medidas de cariz universal, o reconhecimento da existência de vulnerabilidades especiais imporá medidas estaduais diferenciadas, sensíveis à diferente natureza das situações de vulnerabilidade (*e.g.* intrínseca ou situacional, singular ou múltipla), a diferentes contextos e pretensões. Diversos tipos de medidas são pensáveis, como medidas de discriminação positiva, acomodações em políticas públicas universais (por exemplo, a proteção das pessoas idosas em sede de arrendamento) ou mesmo direitos especiais (de que são exemplo os direitos dirigidos à proteção das mulheres trabalhadoras grávidas). A vulnerabilidade, por seu turno, é mais ampla do que a proibição de discriminação, ainda que a questão da igualdade e discriminação seja central na compreensão de muitas situações de vulnerabilidade, pelo facto de esta agravar o risco de discriminação/exclusão. Impõe-se, por conseguinte, um entendimento complexo da igualdade, exigindo simultaneamente a adoção de normas de proteção e de políticas iguais e diferenciadas.³⁶

Sem prejuízo da sua importância para a compreensão da multidimensionalidade das situações de desigualdade, o reconhecimento da vulnerabilidade não torna necessariamente redundantes as questões de identidade. Do reconhecimento de uma característica específica não resulta necessariamente uma situação de vulnerabilidade, nem a identidade/diferença cultural torna necessariamente um grupo, ou qualquer dos seus membros, vulnerável, ainda que tal possa suceder. Neste caso, o conceito de vulnerabilidade expande o campo das questões de igualdade e exclusão além da identidade cultural, mas não é necessariamente – crê-se – uma abordagem alternativa à da identidade cultural, pois continuam a subsistir questões especificamente culturais, associadas ou não a situações de vulnerabilidade.

Por outro lado, não se exclui que medidas destinadas a amparar pessoas em situação de vulnerabilidade se revelem também mais ou menos invasivas do ponto de vista das liberdades individuais. Neste contexto avultam, desde logo, os riscos de paternalismo,

³⁵ Em Portugal, o Estatuto do Cuidador Informal foi aprovado pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro. Nos termos do artigo 1.º do Estatuto do Cuidador Informal, este “regula os direitos e os deveres do cuidador e da pessoa cuidada, estabelecendo as respetivas medidas de apoio”. Considera-se “pessoa cuidada”, nos termos do artigo 3.º, “quem necessite de cuidados permanentes, por se encontrar em situação de dependência, e seja titular de prestações sociais” – complemento por dependência de 2.º grau ou subsídio por assistência de terceira pessoa (n.º 1) – bem como “quem, transitoriamente, se encontre acamado ou a necessitar de cuidados permanentes, por se encontrar em situação de dependência, e seja titular de complemento por dependência de 1.º grau, mediante avaliação específica do Instituto da Segurança Social, I. P.” (n.º 2), sendo equiparáveis as prestações da Caixa Geral de Aposentação (n.º 3). No caso de a pessoa cuidada não ser beneficiária de nenhuma das prestações sociais a que o artigo alude, o reconhecimento da situação de dependência fica sujeito à regulamentação prevista na lei (n.º 4). A pessoa cuidada será, portanto, alguém portador de invalidez ou deficiência ou em situação de velhice. O Estatuto está regulamentado pela Portaria n.º 64/2020, de 10 de março, que define os termos e as condições de implementação dos projetos-piloto previstos no Estatuto do Cuidador Informal, bem como os territórios a abranger. Os diplomas estão disponíveis em <http://www.dre.pt>

³⁶ Remete-se aqui para o que se escreveu em Leão (2018, p. 34 ss.) Em especial, veja-se a noção de igualdade substantiva multidimensional de Sandra Fredman (citada em Peroni e Timmer 2013, p.1074 ss.), no sentido em que visa promover a *participação* (“dar voz”), a *transformação*, a *redistribuição* e o *reconhecimento*.

protecionismo, essencialismo e estereotipação.³⁷ Umas críticas dirigidas à proposta de Fineman relaciona-se precisamente com o facto de atribuir pouco valor à autonomia no confronto com a segurança, permitindo reforçar medidas destinadas a proteger as pessoas identificadas como vulneráveis sem respeitar as concepções que estas mesmas tenham acerca do que é valioso para si e do que melhor favorece a sua autonomia (Kohn 2014, p. 14 ss). Mas, como a autora reconhece, a sua teoria está mais centrada em estabelecer parâmetros de atuação positiva do Estado do que em estabelecer os limites à sua intervenção (Fineman 2020, p. 61).

Em especial, o paternalismo estadual designa a “privação ou redução da liberdade de escolha do indivíduo operada pelo ordenamento a fim de assegurar uma particular proteção da pessoa ou de uma categoria de pessoas de atos contrários ao seu próprio interesse” (Fabrizio Cosentino citado em Mac Crorie 2012, p. 34). Já os estereótipos são “pré-compreensões acerca das características, papéis e atributos de grupos de pessoas”, atribuídas indistintamente a todos os membros desse grupo independentemente da sua situação concreta (Timmer 2016, p. 37–38). Os estereótipos podem ser negativos, positivos ou tão-só ambivalentes, e podem ter por efeito padronizar a forma como olhamos para um grupo (Timmer 2011 e 2016) e estabelecemos medidas, ações e políticas relativas a esse grupo. Por exemplo, o estereótipo “todas as mulheres são cuidadoras” conduz à conclusão de que todas as mulheres são necessariamente cuidadoras e o seu enquadramento social e jurídico deve refletir essa concepção (Leão 2018, p. 31).³⁸

Assim, por exemplo, se para proteger a vulnerabilidade em função da idade entendermos que todas as pessoas com mais de 60 anos deverão, objetivamente e independentemente de qualquer avaliação concreta sobre a sua capacidade negocial, ser proibidas de contratar, estaremos, com base num *estereótipo* acerca da capacidade negocial das pessoas dessa idade, a limitar de forma considerável a autonomia individual, tratando de forma igual (limitando a liberdade contratual) situações de diferente capacidade.³⁹ Convocando o princípio da proporcionalidade como critério de controlo das restrições (veja-se, na CRP, o artigo 18.º) a medida afigura-se *prima facie* excessiva, havendo que considerar modelos mais sensíveis às circunstâncias, igualmente aptos para proteger a vulnerabilidade, mas menos gravosos do ponto de vista das liberdades individuais e da autonomia contratual. Recentemente, em reação à pandemia COVID-19, diversos Estados adotaram medidas destinadas a proteger os cidadãos maiores de idade avançada. Estas medidas foram justificadas pela defesa da saúde pública, dos direitos fundamentais à vida e integridade física, que ao Estado cumpre proteger, e do interesse público correlato da sustentabilidade dos sistemas de saúde, mas foram também discutidas do ponto de vista da sua compatibilidade com a autonomia dos cidadãos em causa e do risco de tratamento estereotipado de todos os cidadãos

³⁷ Sobre estes, considerando a jurisprudência do TEDH, *vd.* Peroni e Timmer (2013). Remete-se ainda para o que se escreveu em Leão (2018).

³⁸ Sobre a questão, remete-se para o que se escreveu em Leão (2018, p. 30 ss.)

³⁹ Esta questão é discutida por Neto (2018) e, especificamente quanto a medidas sensíveis à idade e destinadas a idosos, designadamente visando a sua proteção penal, com amplos exemplos, por Kohn (2014, p. 11 ss.), para aí se remetendo. Veja-se ainda, na ordem jurídica portuguesa, a imposição legal do regime de separação de bens nos casamentos em que um dos nubentes tenha à data do casamento completado 60 anos estabelecida na alínea b) do n.º 1 do artigo 1720.º do Código Civil Português, e as considerações a esse propósito tecidas por Rute Teixeira Pedro no sentido de uma restrição desproporcionada da autonomia contratual dos nubentes (Pedro 2018, pp. 172–173).

maiores de uma determinada idade como especialmente vulneráveis, independentemente dos seus diferentes contextos e das suas diferentes condições de saúde.

Porém, o risco de paternalismo não é um risco exclusivo da teoria da vulnerabilidade como justificação para um Estado responsivo. Como escreve Kohn (2014, p. 21), “[r]econhecer a universalidade da vulnerabilidade e a correspondente responsabilidade do Estado em promover a resiliência nas populações não tem de levar a um paternalismo excessivo”, podendo o Estado responder de forma significativa à vulnerabilidade humana sem desvalorizar a autonomia. Citando Mac Crorie (2012, p. 34) o paternalismo é, desde logo, “suspeito na perspectiva dos direitos fundamentais porque põe em causa o conteúdo de autonomia neles presente”. A legitimidade de muitas medidas estaduais destinadas a proteger o indivíduo de si mesmo terá, pois, de ser escrutinada à luz da proporcionalidade da afetação dessa autonomia.⁴⁰

É neste sentido também que Kohn (2014, p. 22 ss.), como complemento à teoria de Fineman, propõe que se distinga, no contexto de políticas de proteção da igualdade substancial, entre medidas estaduais que *limitam a autonomia para adotar comportamentos que apenas afetam o próprio* e medidas que *limitam a autonomia para adotar comportamentos que afetam terceiros*, uma vez que se trata de situações com impacto diferente do ponto de vista da igualdade substancial. Tal permitiria, em seu entender, combater o paternalismo indesejado.

Finalmente, pese embora as críticas apontadas e o limitado potencial prescritivo da teoria de Fineman nos termos apontados *inter alia* por Nina Kohn e *supra* expostos, tal não significa que a teoria não o tenha, ainda assim: a vulnerabilidade pode ser um critério para avaliar criticamente políticas que distribuem recursos com base em critérios de identidade de grupo e para promover a criação de leis e políticas que favoreçam a resiliência, escreve Kohn (2014, p. 13). Por um lado, a consideração de que todos, mais tarde ou mais cedo, se encontrarão em situação de dependência impõe um escrutínio dos critérios de alocação de recursos em benefício de determinados grupos; por outro, a ênfase numa igualdade substancial justifica a criação de medidas destinadas a agir sobre as condições sociais que criam ou fomentam situações de vulnerabilidade através de medidas que favoreçam a resiliência – dando um exemplo da autora, reconhecendo a suscetibilidade de os idosos serem vítimas de fraude, mais do que criar um crime específico de fraude a idosos, adotar medidas e políticas destinadas a combater o isolamento social, a iliteracia financeira e outras condições que propiciam a ocorrência de fraudes (Kohn 2014, p. 13).

O limiar mínimo de capacidades que um Estado justo deve ser capaz de oferecer aos seus cidadãos para que estes tenham uma vida digna de ser vivida é, também aqui, relevante.⁴¹ Assumindo a universalidade da condição de vulnerabilidade, mais premente se torna o recurso ao critério de um *mínimo existencial* a garantir pelo Estado como concretização da dignidade da pessoa humana, limite à afirmação de uma *reserva*

⁴⁰ Sobre os limites ao paternalismo estadual e à defesa da pessoa contra si mesma, *vd.* por todos Mac Crorie (2013, p. 141 ss.)

⁴¹ Como escrevemos já (Leão 2018, p. 26). *Vd.* também Neto (2018).

do possível, e com dimensões positivas e prestacionais e não apenas negativas,⁴² associado a um conceito de autonomia que não prescinde da consideração de dimensões de capacitação.

Concluindo, as políticas dirigidas à proteção das pessoas em situação de particular vulnerabilidade têm sempre de ser escrutinadas do ponto de vista dos direitos fundamentais, à luz de critérios de proporcionalidade e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Referências

- Arlettaz, F., e Palacios Sanabria, M.T., 2015. Introducción. Em: F. Arlettaz e M.T. Palacios Sanabria, eds., *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Baumgärtel, M., 2020. Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights* [em linha], 38(1), 12–29. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0924051919898127> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Brown, K., Ecclestone, K., e Emmel, N., 2017. The Many Faces of Vulnerability. *Social Policy and Society* [em linha], 16(3), 497–510. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1474746416000610> [Acesso 8 junho 2021].
- Canotilho, J.J.G., e Moreira, V., 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada (vol. I)*. Coimbra Editora.
- Cole, A., 2016. All of us are vulnerable, but some are more vulnerable than others: the political ambiguity of vulnerability studies, and ambivalent critique. *Critical Horizons* [em linha], 17(2), 260–277. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14409917.2016.1153896> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Cutter, S.L., Boruff, B.J., e Shirley, W.L., 2003. Social vulnerability to environmental hazards. *Social Science Quarterly* [em linha], 84(2), 242–261. Disponível em <https://doi.org/10.1111/1540-6237.8402002> [Acesso 9 de junho de 2021].
- Ferrarese, E., 2016. Vulnerability: A Concept with Which to Undo the World As It Is? *Critical Horizons* [em linha], 17(2), 149–159. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14409917.2016.1153885> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Fineman, M.A., 2008. The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. *Yale Journal of Law & Feminism* [em linha], 20(1), 1–23. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol20/iss1/2> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Fineman, M.A., 2010. The vulnerable subject and the responsive State. *Emory Law Journal* [em linha], 60(2), 251–275. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol60/iss2/1> [Acesso 9 de dezembro de 2020].

⁴² Em Portugal, afirmando precisamente a existência de um direito a um mínimo de existência condigna com dimensões positivas/prestacionais fundamentado na dignidade da pessoa humana, *vd.* Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional.

- Fineman, M.A., 2017. Vulnerability and Inevitable Inequality. *Oslo Law Review* [em linha], 4(3-2017), 133–149. Disponível em: <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Fineman, M.A., 2019. Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review* [em linha], 53(2), 341–370. Disponível em: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Fineman, M.A., 2020. Beyond equality and discrimination. *SMU Law Review Forum* [em linha], 73, 51–62. Disponível em: <https://doi.org/10.25172/slrf.73.1.7> [Acesso 26 de agosto de 2021].
- Gracia Ibañez, J., 2015. El reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores en la *sociedad edadista*. Una perspectiva española. Em: F. Arlettaz e M. T. Palacios Sanabria, eds., *Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 127–157.
- Gracia Ibañez, J., 2018. O direito e o dever de cuidado: elementos de direito comparado quanto ao acompanhamento de maiores. Em: L. Neto e A.C. Leão, eds., *Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* [em linha]. Universidade do Porto, 71–87. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Han, B.C., 2018. *A expulsão do outro*. Trad.: M.S. Pereira. Lisboa: Relógio d'Água.
- Hart, H.L.A., 1986. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kohn, N.A., 2014. Vulnerability Theory and the Role of Government. *Yale Journal of Law and Feminism* [em linha], 26(1), 1–27. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol26/iss1/2> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Leão, A.C., 2013. *Constituição e interculturalidade: da diferença à referência*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Leão, A.C., 2018. Vulnerabilidade(s), discriminação e estereótipos. Em: L. Neto e A.C. Leão, eds., *Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* [em linha]. Porto: Universidade do Porto, 21–38. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20E1rio%20Autonomia%20e%20Capacita%E7%E3o.pdf [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Mac Crorie, B., 2012. O paternalismo estadual e a legitimidade da defesa da pessoa contra si própria. Em: J.F. Rocha, ed., *Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho (Tomo I): Responsabilidade e cidadania* [em linha]. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 33–45. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/53898> [Acesso 9 de dezembro de 2020].

- Mac Crorie, B., 2013. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mackenzie, C., 2014. The importance of relational autonomy and capabilities for an ethics of vulnerability. *Em: C. Mackenzie, W. Rogers e S. Dodds, eds., Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford University Press, 33–59.
- Mackenzie, C., 2018. Feminist innovation in philosophy: Rational autonomy and social justice. *Women's Studies International Forum* [em linha], 72. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.wsif.2018.05.003> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Magallón Portolés, C., 2015. Más allá de la vulnerabilidad de las mujeres. *In F. Arlettaz e M.T. Palacios Sanabria, eds., Reflexiones en torno a derechos humanos y grupos vulnerables*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 189–214.
- Miranda, J., 2010. Anotação ao art. 2.º. *Em: J. Miranda e R. Medeiros, eds., Constituição Portuguesa Anotada. (Tomo I)*. Coimbra: Coimbra Editora, 93–115.
- Miranda, J., 2012. *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV-Direitos Fundamentais)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Neto, L., 2009. A nutrição como política pública: ainda a garantia ou já a restrição de direitos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 6, 391–412.
- Neto, L., 2018. Vulnerabilidade e capacidade de gozo e exercício de direitos à luz do direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitucionalmente previsto. *Em: L. Neto e A.C. Leão, eds., Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* [em linha]. Universidade do Porto, 89–99. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20-%20Autonomia%20e%20Capacita%20-%20.pdf [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Novais, J.R., 2017. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: AAFDL.
- Pedro, R.T., 2018. (In)suficiência da resposta do direito da família e do direito das sucessões às necessidades dos adultos especialmente vulneráveis. *Em: L. Neto e A.C. Leão, eds., Autonomia e capacitação: Os desafios dos cidadãos portadores de deficiência* [em linha]. Universidade do Porto, 157–178. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F1399621482/Livro%20-%20Actas%20-%20Semin%20-%20Autonomia%20e%20Capacita%20-%20.pdf [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Peroni, L., e Timmer, A., 2013. Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International Journal of Constitutional Law* [em linha], 11(4), 1056–1085. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mot042> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano (PNUD), 2014. *Relatório sobre o Desenvolvimento Humano. Sustentar o Progresso Humano: reduzir as*

vulnerabilidades e sustentar a resiliência [em linha]. Nova Iorque: PNUD. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf [Acesso 9 de dezembro de 2020].

- Sampaio, J.S., 2013. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra Editora.
- Timmer, A., 2011. Gender Stereotyping, Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* [em linha], 11(4), 707–738. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngr036> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Timmer, A., 2013. *Horváth and Kiss v. Hungary*: A strong new Roma segregation case. *Strasbourg Observers* [em linha], 6 fevereiro. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2013/02/06/horvath-and-kiss-v-hungary-a-strong-new-roma-school-segregation-case/> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Timmer, A., 2016. Gender stereotyping in the case law of the EU Court of Justice. *European Equality Law Review* [em linha], 1, 37–46. Disponível em: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/344443> [Acesso 9 de dezembro de 2020].
- Warner, K., 2007. Perspectives on social vulnerability: introduction. *Em*: K. Warner, ed., *Perspectives on social vulnerability* [em linha]. United Nations University—Institute for Environment and Human Security (UNU-EHS), Munich Re Foundation, 14–22. Disponível em: <http://collections.unu.edu/eserv/UNU:1873/pdf3883.pdf> [Acesso 9 de junho de 2021].

Jurisprudência

- Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional [em linha]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/ac/509/2003/02/12/p/dre/pt/html> [Acesso 26 de agosto de 2021].
- Alajos Kiss v Hungria*, queixa n.º 38832/06, 20 de maio de 2010 [em linha]. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98800> [Acesso 26 de agosto de 2021].
- Chapman v Reino Unido*, queixa n.º 27238/95, 18 de janeiro de 2001 [em linha]. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59154> [Acesso 26 de agosto de 2021].
- Horváth e Kiss v Hungria*, queixa n.º 11146/11, 29 de janeiro de 2013 [em linha]. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116124> [Acesso 26 de agosto de 2021].
- M.S.S. v Bélgica e Grécia*, queixa n.º 30696/09, decidida pelo TEDH (Tribunal Pleno) em 21 de janeiro de 2011 [em linha]. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103050> [Acesso 26 de agosto de 2021].